Die Konkurrenz
von
Verwaltungszwang und Strafverfolgung

Eine polizeirechtliche Studie auf der Grundlage des preußischen Verwaltungsrechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Siegfried Krukenberg
Referendar in Ellrich a. H.

Marburg i. H.
Chr. Schaaf, Spezialdruckerei für Dissertationen
1914.

Referent: Professor Dr. W. Schücking.

Erscheint vollständig als Heft 19 der Arbeiten aus dem juristisch-staatswissenschaftlichen Seminar der Königlichen Universität Marburg, herausgegeben von Dr. Walther Schücking, o. Prof. der Rechte an der Universität Marburg.

Meinen Eltern.

Inhalts-Übersicht.

2. Abschnitt.

Entscheidung der Streitfrage nach geltendem Recht.

3. Abschnitt.

Literaturverzeichnis.

Anschütz, Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen in Verw. Arch. 1 S. 389—470.

— —, Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen in Verw. Arch. 14 S. 315—340,

— —, Die Polizei. 1910.

— —, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat. Bd. I. 1912.

Arndt, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten. 3. Aufl. 1904.

— —, Über den Rechtsgrund der Strafen in ZStrW. 21 S. 259—286.

v. Arnstedt, Das Preußische Polizeirecht. Bd. I. 1905.

Binding, Handbuch des Strafrechts. 1885.

— —, Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl. 1890.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Bd. I u. II. 2. Aufl. 1911/12. Bd. III. 1890.

— —, Das Polizeiverfügungsrecht in Preußen in Verw. Arch. 5 S. 137—181.

Brassert, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten. 1888.

v. Brauchitsch, Die neuen preußischen Verwaltungsgesetze. Bd. I. 21. Aufl. 1911.

v. Bremen, Die Preußische Volksschule, Gesetze und Verordnungen. 1905.

Buch, Das nichtkodifizierte Verwaltungszwangsrecht in Preußen in Arch. öff. R. 31 S. 326—437.

van Calker, Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen. 1913.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allg. Teil (I, 1). 9. bis 11. Aufl. 1913.

Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 2. Aufl. 1912.

— —, Einzelrecht und öffentliches Interesse. 1908.

Foerstemann, Prinzipien des Preußischen Polizeirechts. 1869.

Francke, Über Strafandrohungen der Verwaltungsbehörden und deren Vollstreckung im Magazin f. hannoversches Recht. Bd. V (1855) S. 26—46.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8. bis 10. Aufl. 1912.
— —, Studien zum Polizeistrafrecht. 1897.
Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz. 1910.
— —, Die Festsetzung und Vollstreckung von Zwangsstrafen in PVBl. 31 S. 403—405.
Genzmer, Die Polizei. 1905.
Gneist, Art. Verwaltungsexekution in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. III S. 1106—1112. 1881.
Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 1908.
Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht. 1902.
— —, Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre in der Festgabe für R. Koch. 1903.
— —, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts in Goltdammer Arch. 49 S. 71—93.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881.
Haenel, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 1892.
Hofacker, Verhältnis der Exekutiv- (Ungehorsams-, Zwangs-) Strafen zu den Kriminal- (allgemeinen) Strafen in Verw. Arch. 14 S. 447—494.
— —, Über Verwaltungsstrafrecht in Verw. Arch. 15 S. 404—433.
— —, Die rechtliche Natur der württembergischen Ungehorsamsstrafe in Boschers Z. 48 S. 340—51, 371—78; 49 S. 19—29, 217—24, 276—84.
— —, Zur Auslegung der §§ 30—33 des badischen Polizeistrafgesetzbuches in Bad. Verw. Z. 1907 S. 165—69.
— —, Zur badischen Ungehorsamsstrafe in Bad. Verw. Z. 1908 S. 45—48.
Graf Hue de Grais, Handbuch der Gesetzgebung IV, 1: Staatsverfassung und Staatsbehörden. 1903.
G. Jellinek, System der subjekt. öffentl. Rechte. 2. Aufl. 1905.
W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913.
Jèze, Französisches Verwaltungsrecht. 1913.
v. Jhering, Zweck im Recht. 3. Aufl. 1893—98.
Isaac, Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren in ZStrW. 21 S. 625—706.
Kastner, Der Impfzwang und das Reichsimpfgesetz. 1909.
Kitzinger, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt. 1913.
Klostermann-Fürst-Thielmann, Kommentar zum Allg. Berggesetz f. d. Preuß. Staaten. 6. Aufl. 1911.
Koehne, Grundzüge des Verwaltungspolizeirechts. 1906.
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.

Krakenberger, Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe. 1912.
Kunze, Das Verwaltungsstreitverfahren. 1908.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. 1911 ff.
v. Landmann, Kommentar zur Reichsgewerbeordnung. 5. Aufl. 1907.
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1911.
Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts. 1884.
— —, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg—Preußen III in Verw. Arch. 3 S. 94—176.
Löwe, Die Strafprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. 12. Aufl., bearb. von Hellweg 1907.
Markull, Zur Lehre vom unmittelbaren Zwange in PVBl. 26, S. 558—61.
Otto Mayer, Lehrbuch d. Deutschen Verwaltungsrechts. 1895/96.
G. Meyer, Lehrbuch d. Deutschen Verwaltungsrechts. 3. Aufl., bearb. v. Dochow 1910.
H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts. 7. Aufl. 1912.
v. Mohl, System der Präventiv-Justiz oder Rechtspolizei. 3. Aufl. 1866.
Neukamp, Die Polizeilichen Verfügungen zur Verhütung strafbarer Handlungen (oder Unterlassungen) und deren Durchführung nach preußischem Recht in Verw. Arch. 3 S. 1—93.
Oppenhoff, Die Preußischen Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden. 1. Aufl. 1863, 2. Aufl. 1904.
— —, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.
Parey, Das behördliche Polizeistrafverordnungsrecht in Preußen. 1882.
Preger, Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht in Arch. öff. R. 7, S. 365—426.
v. Roenne, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie. 4. Aufl. 1881.
v. Roenne-Zorn, dass. 5. Aufl. 1899/1906.
Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Aufl. 1895.
Schlusser, Das badische Polizeistrafrecht. 3. Aufl., bearb. von Müller 1908.
Schoene, Die rechtliche Natur der disziplinarischen Bestrafung der Staatsbeamten in Verw. Arch. 19 S. 180—267.
Schücking, Quellensammlung zum Preußischen Staatsrecht. 1906.
— —, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. 1911.
v. Schulze-Gävernitz, Das Preußische Staatsrecht. 2. Aufl. 1890.
Schultzenstein, Polizeiwidriges Handeln u. Vertretung in Verw. Arch. 14 S. 1—62.
— —, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und Prozeßunfähigkeit in ZZP. 35 S. 475—529.
v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht. 3. Aufl. Bd. I, bearb. v. Piloty; Bd. II, bearb. von v. Graßmann. 1913.
Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft. 1909.

L. v. Stein, Die Verwaltungslehre I: Vollziehende Gewalt. 1865.
— —, Die Verwaltungslehre IV: Polizeirecht. 1867.
Fr. Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. 1912.
— —, Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1911/13.
Stier-Somlo, Kommentar zum Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung. 1902.
Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht. 1906.
— —, Bemerkungen zum badischen Polizeirecht in Bad. Verw. Z. 1908 S. 13—21,
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Traeger, Wille, Determinismus, Strafe. 1895.
— —, Zwei Fragen zur Strafrechtsreform im Ger.-Saal 77, S. 81—144.
— —, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. (Festgabe für Enneccerus). 1913.
Walz, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden. 1909.
Wolzendorff, Die allgemeinpolizeilichen Befugnisse gegenüber Versammlungen und Vereinen in Verw. Arch. 18 S. 261—76, 405—529.
— —, Zeugnispflicht gegenüber der Polizei in Verw. Arch. 20 S. 277—294.

---

v. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung. 2. Aufl. 1911.
v. Brauchitsch, Materialien zur Kreisordnung vom 13. Dez. 1872. 4 Bde. 1882.
Holtzendorff, Rechtslexikon. 3. Aufl. 1880/81.
Justiz-Ministerialblatt. (JMBl.)
Ministerialblatt für die innere Verwaltung (VMBl.).
Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 1. Aufl. 1883 f. (Stengel); 2. Aufl. 1911 ff. (Stengel-Fleischmann).
Stenographische Berichte des preußischen Hauses der Abgeordneten mit Anlagebänden.
Archiv für bürgerliches Recht (Bürg. Arch.)
Archiv für öffentliches Recht (Arch. öff. R.)
Boschers Zeitschrift f. d. freiwillige Gerichtsbarkeit u. Gemeinde-Verwaltung in Württemberg (Boschers Z.)
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.)
Gerichtsfaal (Ger.-Saal).
Goltdammers Archiv für Strafrecht (Goltdammer Arch.)
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchot).
Juristische Wochenschrift (JW.)
Magazin f. hannoversches Recht.

Preußisches Verwaltungsblatt (PVBl.)
Verwaltungsarchiv (Verw. Arch.)
Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege (Bad. Verw. Z.)
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStrW.)
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (ZZP.)
Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts (OVG.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGStr.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.)
Jahrbuch f. Entscheid. d. Kammergerichts (KGJ.)
Reger, Entscheidungen d. Gerichte u. Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete d. Verwaltungs- u. Polizeistrafrechts (Reger).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG.)

Vorwort.

Aus der Fülle von Problemen, die sich bei der Betrachtung des Verwaltungszwangsrechts aufdrängen, soll nachfolgend zunächst einmal eine Spezialfrage herausgegriffen werden, die in der Literatur bereits häufiger erörtert worden ist. Es handelte sich hier, weil schon viel Für und Wider gesagt worden war, hauptsächlich darum, welche Argumente man für die Entscheidung der Streitfrage als durchschlagend ansehen muß.

Herrn Professor Dr. Schücking und Herrn Privatdozent Dr. Wolzendorff bin ich für mancherlei Anregung und Förderung bei dieser Arbeit zu Dank verpflichtet.

Ellrich a. H., im Frühjahr 1914.

Siegfried Krukenberg.

§ 1.

Einleitung.

Das Problem, das der nachfolgenden Untersuchung zugrunde liegt, ist kurz gefaßt dieses: Wird die den obrigkeitlichen Anordnungen nach preußischem, wie überhaupt nach gemeindeutschem Recht innewohnende Erzwingbarkeit des durch sie gebotenen Verhaltens dadurch irgendwie beeinflußt, daß das Gegenteil dieses Verhaltens bereits in einer allgemeinen Vorschrift unter Strafe gestellt ist? Insbesondere: Haben die Behörden die Befugnis, mit Zwangsstrafen, dem einen der verschiedenen Mittel des obrigkeitlichen Vollstreckungszwanges, gegen eine Handlung oder Unterlassung einzuschreiten, die bereits mit einer Deliktsstrafe bedroht ist? Dabei macht es keinen Unterschied, ob ein Gesetz oder eine Polizeiverordnung diese allgemeine Strafe androht.

Die so angedeutete Möglichkeit einer Konkurrenz von Erfüllungszwang und Strafverfolgung, insbesondere also Zwangs- und Deliktsstrafen, ist keine Sondererscheinung auf dem Gebiete der inneren Verwaltung. Sie ist vielmehr überall da gegeben, wo der Staat nicht nur ein Interesse an der Vergeltung begangenen Unrechts hat, sondern noch mehr daran, daß die durch die Norm geforderte Handlung oder Unterlassung auch wirklich geschieht. Es kommt da in Betracht die freiwillige Gerichtsbarkeit, ihrem Wesen nach ebenfalls Verwaltung, z. B. das Vormundschafts- und Registerrecht[1]). Ferner aber gewinnt unsere Frage in neuester Zeit

1) Vgl. Schultzenstein Verw. Arch. 10, S. 509; Hofacker Verw. Arch. 14, S. 465 Anm. 23.

eine besondere Bedeutung auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung des Zivilrechts, seitdem nämlich durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in ausgedehntem Maße Klagen auf Unterlassung unerlaubter Handlungen zugelassen werden. Diese unerlaubten Handlungen sind — man denke nur an Beleidigungen und Sachbeschädigungen — häufig auch mit Kriminalstrafen bedroht, und ihre Unterlassung wird dem Verpflichteten gemäß § 890 ZPO bei Vermeidung einer Strafe aufgegeben, die nach richtiger, wenn auch nicht unbestrittener Ansicht[2]), den Charakter einer Zwangsstrafe hat. Wenn nun eine Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot erfolgt, treffen dann den Verpflichteten beide Arten von Strafen oder erscheint in diesem Falle eine Unterlassungsklage überhaupt nicht als zulässig? Eigentümlicherweise hat die Frage in dieser allgemeinen Form, soviel ich sehe, bisher weder die Theorie noch die Praxis des Zivilrechts eingehend beschäftigt. Die zuweilen nebenbei angedeuteten Gesichtspunkte sind meist unzutreffend, indem immer nur das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers und nicht die Rechtslage des Beklagten berücksichtigt, auch die Strafe aus ZPO. 890 gewöhnlich unrichtig als echte Strafe aufgefaßt wird[3]). Jedenfalls muß auch hier einmal eine richtige Problemstellung vorgenommen und die Frage gründlich behandelt werden, was freilich nicht ohne Zusammenhang mit der umfangreichen Literatur der Verwaltungsrechtslehre darüber geschehen darf. Hier kann soviel festgestellt werden, daß das

2) Richtig Meyer-Allfeld, Strafrecht, S. 301 Anm. 12; Isaac ZStrW. 21, S. 678 f.; Schultzenstein ZZP. 35, S. 515 ff.; KG. OLG. 1, S. 92 und Rospatt JW. 1900, S. 892. — a. M. Stein ZPO. II zu § 890 I mit Literatur, und RGZ. 36, S. 417; 38, S. 424; 43, S. 405; 53, S. 182; 77, S. 222 f. vgl. noch unten bei Anm. 114.

3) RGKom. Vorbem. zu §§ 823 ff., 6 III; Lau in Gruchot 47, S. 503; RGZ. 77, S. 217 ff.; RGJW. 1912, S. 587; 1913, S. 34 und 594. Ganz verfehlt Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 200 ff.; Lesser, Bürg. Arch. 38, S. 115 f.

Reichsgericht im Ergebnis auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre des preußischen Verwaltungsrechts steht.

Denn im Verwaltungsrecht hat unsere Frage schon zu zahlreichen Erörterungen geführt. Man kann wohl sagen, daß sie zu den wichtigsten Streitfragen insbesondere des Polizeirechts gehört. Gerade die Wohnungs-Bau-Gewerbe-Polizei etc. hat sich oft mit Tatbeständen zu befassen, mit denen sich auch der Strafgesetzgeber bereits beschäftigt hat. Daraus erklärt es sich, wenn sich auch unsere Untersuchungen in der Hauptsache auf die Frage des Verhältnisses des Polizeizwanges zur Strafverfolgung beschränken. Und zwar wird nur das preußische Recht genauer berücksichtigt, die Rechte der anderen Einzelstaaten dagegen nur zur Vergleichung herangezogen werden.

Es sei nun in Kürze eine Übersicht über den Stand der Streitfrage gegeben. Darüber, daß die Verwaltungsbehörden die Mittel des direkten Zwanges, Ersatzvornahme und physische Gewalt, auch gegenüber Tatbeständen anwenden können, die mit Deliktsstrafen bedroht sind, herrscht Einigkeit. Streitig ist nur, wie bereits oben angedeutet, ob in diesem Falle auch der indirekte Zwang durch Androhung und Festsetzung von Exekutivstrafen zulässig ist. Diese Frage, die im Gegensatz zu einigen anderen Einzelstaaten[4]) in Preußen keine allgemeine positive Regelung durch Gesetz gefunden hat, wird von der herrschenden Lehre verneint. Auf dieser Seite stehen die feste Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts[5]) und die preußische Staatsregierung[6]).

---

4) Siehe darüber unten S. 78 ff.

5) Aus der großen Reihe von Entscheidungen seien genannt: Entsch. vom 12. April 1878 (VMBl. S. 125), vom 26. Februar 1879, (VMBl. S. 232); OVG. 5, S. 278; 7, S. 215, 296; 9, S. 275; 16, S. 384; 21, S. 331 f.; 23, S. 384; 32, S. 290; 48, S. 286; 58, S. 387; 59, S. 368; 63, S. 287.

6) MVfg. vom 15. 3. 1869 (VMBl. S. 74) und vom 25. 11. 1884 (VMBl. S. 262), die auf eine Verfügung gleichen Inhalts vom 20. 8 1872 bezug nimmt.

Ferner folgende Schriftsteller: Rosin[7]), Anschütz[8]), Parey[9]), Loening[10]), von Schulze-Gävernitz[11]), Otto Mayer[12]), Bornhak[13]), G. Meyer[14]), Thoma[15]), Wolzendorff[16]), wohl auch W. Jellinek[17]), ferner Oppenhoff[18]), Friedrichs[19]), Koehne[20]), von Brauchitsch[21]), von Arnstedt[22]), Genzmer[23]), Hue de Grais[24]), Kunze[25]), von Landmann[26]), Stier-Somlo[27]), von Bitter, Handwörterbuch II, Art. Zwangsmittel S. 1028 ff, ebenso schließlich auch von Roenne[28]) und Haenel[28a]), wenn auch in Widerspruch mit ihren vorhergehenden Ausführungen, und für zwei Einzelgebiete von Bremen[29]) und Kastner[30]).

7) Polizeiverordnungsrecht, S. 103 ff.
8) Verw. Arch. I, S. 457; 5, S. 394; Verf. Urk. I, S. 389.
9) Polizeistrafverordnungsrecht, S. 20 ff.
10) Verwaltungsrecht, S. 252.
11) Preuß. Staatsrecht II, S. 319.
12) Verwaltungsrecht I, S. 334.
13) Staatsrecht III, S. 148 f.; Verw. Arch. 5, S. 167 f.
14) Verwaltungsrecht I, S. 91 und bei Stengel II, S. 801.
15) Polizeibefehl, S. 246 ff. und Bad VerwZ. 1908, S. 19 f.
16) Verw. Arch. 21, S. 356.
17) Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 256.
18) Ressortverhältnisse, S. 198 Anm. 663; StGB., 29. Abschnitt Nr. 35.
19) LVG., Anm. 13 zu § 132.
20) Verwaltungspolizeirecht I, S. 113 f.
21) Verwaltungsgesetze I, Anm. 263 zu § 132 LVG.
22) Polizeirecht I, S. 81 ff.
23) Die Polizei, S. 87 Anm. 29.
24) Handbuch der Gesetzgebung IV 1, S. 410 Anm. 196.
25) Verwaltungsstreitverfahren, S. 175.
26) Gewerbeordnung I, S. 133 f.; II, S. 503 f.
27) LVG., S. 265 Anm. 9.
28) Staatsrecht I⁴, S. 446 Anm. 8b; desgl. Zorn, 5. Aufl. II, S. 160 ohne diesen Widerspruch.
28a) Deutsches Staatsrecht I, S. 458 und Anm. 8.
29) Preuß. Volksschule, S. 603.
30) Impfzwang, S. 38 ff.

Diese Lehre ist, nachdem bereits früher der entgegengesetzte Standpunkt vertreten war, so von Francke[31]) und in einer vereinzelten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts[32]), zuerst eingehend von Neukamp[33]) bekämpft worden.

Anhänger der Zulässigkeit einer Häufung von Zwangs- und Deliktsstrafen sind ferner: Preger[34]), Isaac[35]), Arndt[36]), Hofacker[37]), Fleiner[38]), Krakenberger[39]), Stein[40]) und Buch[41]).

Zu den Gegnern muß auch wohl Schultzenstein[42]) gezählt werden, der bei gelegentlichen Besprechungen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Lehre geäußert hat.

Eine Sonderstellung nehmen ein: in der älteren Literatur Foerstemann[43]), der nur bei Erzwingung einer Unterlassung auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre steht, und neuerdings Kitzinger[44]), der das Problem als eine Frage richtigen Rechtes, also de lege ferenda behandelt.

Wie sich schon aus der angeführten Literatur ergibt und sich im Laufe der Untersuchung genauer zeigen wird, ist unser Problem ein rein verwaltungsrechtliches und kein

31) Mag. f. Hannov. Recht V, S. 45 f.

32) OVG. II, S. 295, zweifelnd: OVG. 52, S. 310, doch nur vorübergehend, siehe oben Anm. 5 a. E.

33) Verw. Arch. 3, S. 1—93.

34) Arch. öff. R. 7, S. 423.

35) ZStrW. 21, S. 642 (vgl. aber S. 682).

36) Verw. Arch. 10, S. 190.

37) Verw. Arch. 14, S. 467 ff.; Boschers Z. 48, S. 375 ff.; Bad. Verw. Z. 1908, S. 45 f.

38) Institutionen des DVerwR., S. 199 Anm, 25.

39) Rechtliche Natur der Ordnungsstrafe, S. 19 ff., 60.

40) Grenzen und Beziehungen, S. 46 ff.

41) Arch. öff. R. 31, S. 369 ff.

42) Verw. Arch. 10, S. 508 ff.; 15, S. 306; 16, S. 594.

43) Princ. d. Preuß. Polizeirechts, S. 410/411.

44) Verhinderung strafb. Handl. durch Polizeigewalt, S. 194—199.

strafrechtliches. Das Gebiet des Strafrechts wird vielmehr nur in soweit berührt, als es sich stets um Tatbestände handelt, die mit einer rechtssatzmäßigen, allgemeinen Strafe bedroht sind.

Eine richtige Lösung der Streitfrage hat zur wesentlichen Voraussetzung eine klare Erkenntnis des Wesens des Verwaltungszwanges. Da auf diesem Gebiete noch eine ziemliche Unklarheit herrscht, so müssen zunächst einmal die Hauptbegriffe des Verwaltungszwanges, seine Grundlagen und seine Mittel, einer eingehenden Erörterung unterzogen werden.

I. Teil.

Der Verwaltungszwang; insbesondere die Mittel polizeilicher Zwangsvollstreckung.

1. Abschnitt.

§ 2.

Die Anordnung als Grundlage des Vollstreckungszwanges. Anh.: Sofortige Herstellung ohne Anordnung.

Obwohl Erzwingbarkeit nicht zu den Begriffsmerkmalen des Rechts gehört[45]), so spielt doch gerade im Verwaltungsrecht der Erfüllungszwang eine große Rolle, und es bildet einen Grundsatz des deutschen Landesstaatsrechts, insbesondere des preußischen Rechts, daß die Befugnis, obrigkeitliche Anordnungen zu erlassen, das Recht einschließt, sie — nötigenfalls unter Anwendung von Zwang — in Vollzug zu setzen[46]). Wenn wir hier von Verwaltungszwang reden, so muß zunächst der Vorbehalt gemacht werden, der an dieser Stelle stets gemacht zu werden pflegt[47]), nämlich daß nur die sog. executio ad faciendum vel omittendum berücksichtigt wird, die executio ad solvendum aber aus der Betrachtung aus-

45) Vgl. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 7 ff. — Jellinek, System, S. 349 ff.; Enneccerus, Lehrbuch I 1 § 28 II.

46) Anschütz, Verw. Arch. I, S. 389 und passim: RGStr. 22, S. 9.

47) Anschütz, a. a. O., S. 391 Anm. 3a, 448 f.; Neukamp, Verw. Arch. 3, S. 83 Anm. 75; Buch, Arch. öff. R. 31, S. 327.

scheidet. Denn die administrative Beitreibung von öffentlich-rechtlichen Geldforderungen hat von jeher eine besondere, dem Verfahren bei der gerichtlichen Zwangsvollstreckung in weitem Maße angeglichene Regelung erfahren; zur Zeit ist in Preußen für sie maßgebend die Verordnung vom 15. November 1899[48]).

Die Kodifikation[49]) des geltenden Verwaltungszwangsrechts, soweit es sich um Vollstreckungszwang im Gegensatz zur sofortigen Herstellung handelt, findet sich in den §§ 132 ff. des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (LVG.).

Soweit sie hier interessieren, lauten die Bestimmungen folgendermaßen[50]):

„Der Regierungspräsident, der Landrat, die Ortspolizeibehörde und der Gemeinde- (Guts-) Vorsteher (-Vorstand) sind berechtigt, die von ihnen in Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt getroffenen, durch ihre gesetzlichen Befugnisse gerechtfertigten Anordnungen durch Anwendung folgender Zwangsmittel durchzusetzen:

1. Die Behörde hat, sofern es tunlich ist, die zu erzwingende Handlung durch einen Dritten ausführen zu lassen und den . . . Kostenbetrag im Zwangswege von dem Verpflichteten einzuziehen.

2. Kann die zu erzwingende Handlung nicht durch einen Dritten geleistet werden, — oder steht es fest, daß der Verpflichtete nicht imstande ist, die aus der Ausführung durch einen Dritten entstehenden Kosten zu

---

48) Vgl. dazu Fleiner, Institutionen, S. 201 Anm. 28.

49) Als Mittel des „nicht kodifizierten Verwaltungszwangsrechts“ hebt Buch a. a. O. S. 413 ff. noch die portopflichtige Erinnerung und die Absendung eines Boten hervor. Beide Zwangsmittel scheinen jedoch, was Buch verkennt, infolge der Kosten, die sie dem Pflichtigen auferlegen und die im Gegensatz zur Ersatzvornahme n i c h t durch unmittelbare Ausführung des Befehles entstehen, einen Einschlag von „Zwangsstrafen“ zu enthalten, weshalb sie ohne vorherige schriftliche Androhung als unzulässig zu erachten sind und eine besondere Rechtsgrundlage haben müssen. Darüber unten §§ 3—5.

50) Über diese Bestimmungen und ihre Geschichte vergl. Anschütz, S. 444 ff.; Neukamp a. a. O. S. 24 ff.; Friedrichs LVG. S. 308—323; von Brauchitsch I, S. 223 ff.

tragen, — oder soll eine Unterlassung erzwungen werden, so sind die Behörden berechtigt, Geldstrafen anzudrohen und festzusetzen . . .

Der Ausführung durch einen Dritten (Nr. 1), sowie der Festsetzung einer Strafe (Nr. 2) muß immer eine schriftliche Androhung vorhergehen; in dieser ist, sofern eine Handlung erzwungen werden soll, die Frist zu bestimmen, innerhalb welcher die Ausführung gefordert wird.

3. Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausführbar ist."

Unberührt sind jedoch hierdurch die Zwangsbefugnisse der Regierungen und derjenigen Behörden geblieben, die sich von den früheren Bezirksregierungen abgezweigt haben, wie z. B. die Konsistorien, Provinzialschulkollegien, Militärintendanturen, Oberbergämter, Behörden der Steuerverwaltungen und Eisenbahnverwaltung[51]). Für diese sind die Bestimmungen der Verordnung vom 26. Dezember 1808[52]), insbesondere des § 48, den man als einen Vorläufer der zitierten Vorschriften des LVG. ansehen kann, noch heute in Geltung.

Den Behörden wird im § 132 LVG. das Recht zur Anwendung der genannten Zwangsmittel zur Durchsetzung der „von ihnen in Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt getroffenen, durch ihre gesetzlichen Befugnisse gerechtfertigten Anordnungen" verliehen. Darin sind u. E. zwei verschiedene Gedankengänge verknüpft: einmal dürfen nur obrigkeitliche Anordnungen vollstreckt werden, also solche, die Angelegenheiten der Staatsverwaltung betreffen im Gegensatz zur Kommunalverwaltung[53]). Diese obrigkeitlichen Anordnungen müssen sich, wie im Rechtsstaate alle Verwaltungsakte, auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Diese ersten beiden Voraussetzungen sind auf dem Gebiete der Polizeiverwaltung erfüllt. Da die Polizeigewalt einen Teil

---

51) v. Roenne, Staatsrecht I, S. 438; Anschütz, S. 464.

52) Sie findet sich bei Schücking, Quellensammlung, S. 93. Kommentiert bei Oppenhoff, Ressortverhältnisse, S. 1—201; Friedrichs LVG., S. 555 ff.; vgl. ferner Anschütz, S. 419 ff.; dort auch die ältere Literatur.

53) Anschütz, S. 450; OVG. 9, S. 61; 41, S. 449.

der obrigkeitlichen Gewalt darstellt, so können polizeiliche Anordnungen, seien es verpflichtende oder vollziehende Polizeibefehle, dann vollstreckt werden, wenn sie sich im Rahmen der der Polizei, in letzter Linie durch den § 10 II 17 ALR., zugewiesenen Befugnisse halten.

Der zweite Gedanke aber ist der, daß Anordnungen vollstreckt werden sollen, d. h. daß im modernen Staate der Vollstreckungszwang die Regel bildet[54]). Mit andern Worten: Die Behörde hat nicht mehr, wie im Polizeistaate, das unbeschränkte Recht, den polizeigemäßen Zustand sofort und unbekümmert um den Willen der Untertanen herzustellen. Es besteht vielmehr ein Recht des Einzelnen, an der Ausführung des staatshoheitlichen Willens mitzuwirken[55]). Die neuere Rechtsentwicklung hat also dem Untertanen ein Recht darauf gegeben,

1. daß er durch eine Anordnung der Behörde über seine polizeilichen etc. Pflichten belehrt wird,

2. aber auch darauf, daß ihm durch eine, begrifflich von der Anordnung zu unterscheidende, Androhung eventueller Zwangsmittel offensichtlich wird, daß die Behörde auf der Durchführung ihrer Anordnung besteht, was ja nicht immer der Fall zu sein braucht, sodaß er danach sein Verhalten einrichten, insbesondere auch im Rechtsmittelverfahren seine Einwände erheben und die Rechtmäßigkeit des obrigkeitlichen Befehles feststellen lassen kann.

Die Mitteilung, daß die Behörde auch gegen den Willen des Verpflichteten ihre Anordnungen durchsetzen werde, bedeutet für diesen schon einen psychologischen Zwang[56]). Dabei kann man zunächst ganz von dem Charakter des angedrohten Zwangsmittels absehen: die Androhung, daß die Behörde eine Leistung durch einen Anderen ausführen

54) Förstemann, Preuß. Polizeirecht, S. 401; O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 326 f.

55) Vgl. Buch, S. 364 ff.

56) Vgl. Rosin PVR., S. 109.

lassen werde, soll ebenso wie die, daß sie durch Verhängung von selbständigen Rechtsnachteilen den Willen des Verpflichteten beugen werde, diesen geneigt machen, freiwillig den an ihn gestellten Anforderungen nachzukommen und ein obrigkeitliches Einschreiten zu vermeiden. Das ist das Wesen der Zwangsvollstreckung. So ist an die Stelle des unbeschränkten Rechtes alsbaldiger Herstellung des Staatswillens für die Behörde die Pflicht getreten, die Ausführung regelmäßig auf dem Umwege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen.

Aus diesem Grundsatz darf man jedoch keine Folgerungen ziehen wollen über die Anwendbarkeit der verschiedenen Mittel der Zwangsvollstreckung[57]). Es ist eine völlig andere Frage, welche Mittel innerhalb des Vollstreckungszwanges die Behörde primär oder subsidiär anwenden darf, ob sie, nachdem sie angeordnet und angedroht hat, den Befehl direkt durchsetzen oder noch weiterhin auf den Willen des Verpflichteten Rücksicht nehmen und seine Mitwirkung durch Androhung von Übeln zu erreichen suchen soll[58]). Denn auch die direkten Herstellungsmittel, die Ersatzvornahme und physische Gewaltanwendung, bleiben, wie die Parallelerscheinungen auf dem Gebiete der gerichtlichen Zwangsvollstreckung ergeben, Mittel des Vollstreckungszwanges, und nur die Subsidiarität der „sofortigen Herstellung“[59]) wird durch den entwickelten rechtsstaatlichen Grundsatz des Mitwirkungsrechts des Staatsbürgers festgestellt.

---

57) Wie das anscheinend Buch a. a. O. tut. Vgl. S. 366 f. mit 433 f. Seine Ausführungen leiden überhaupt darunter, daß sie sich mit der bisherigen Terminologie, besonders den Ausführungen Otto Mayers und Thomas (s. u.), nicht auseinandersetzen; doch scheint der Ausdruck „unmittelbare Herstellungsfunktion“ (S. 363, 367, 432 f.) dem „unmittelbaren Zwang“ von Otto Mayer und „sofortigen Zwang“ Thomas zu entsprechen.

58) Darüber unten § 6.

59) Diesen Ausdruck wählen wir, um den Gegensatz zur regelmäßigen Zwangsvollstreckung eines Polizeibefehles zu bezeichnen. Siehe darüber unten S. 27 f. und §§ 5 u. 6.

Da nun § 132 LVG. nur die Durchsetzung von Anordnungen — auch in Nr. 3! — zum Gegenstande hat, für die Zwangsmittel unter Nr. 1 und 2 auch eine vorherige Androhung vorschreibt, so sollte man meinen, daß er lediglich die Zwangsvollstreckung regeln, dagegen die Befugnis der Behörden zur sofortigen Herstellung unberührt lassen wolle. In der Tat kann nur durch diese Auffassung die Verwirrung beseitigt werden, die durch die Lehre von den „zusammengesetzten Verfügungen" und die Unklarheit des Begriffs „unmittelbarer Zwang" in Nr. 3 des § 132 entstanden ist und von der die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts ein beredtes Zeugnis ablegt[60]).

Aber lassen wir die Frage einstweilen dahingestellt, soviel ist sicher, daß sich kein Recht denken läßt, das auf die sofortige Herstellung verzichten könnte, also das zwangsmäßige Einschreiten der Verwaltungs- und besonders der Polizeibehörden stets an vorausgehende Zustellung einer Verfügung binden würde[61]). Wenn wir daher von der Subsidiarität der sofortigen Herstellung sprachen, so ist das dahin zu verstehen, daß nach Möglichkeit, soweit es sich mit den öffentlichen Interessen vereinbaren läßt, der Weg der Zwangsvollstreckung und nicht die sofortige Herstellung gewählt werden soll. Diese notwendige Erscheinungsform der Polizeigewalt wird von Otto Mayer[62]) „unmittelbarer Zwang" genannt. Die Bezeichnung gibt deshalb zu Bedenken Anlaß, weil man darunter überhaupt den Zwang durch physische Gewalt, der sich auch innerhalb des Vollstreckungszwanges findet, versteht, das „unmittelbar" also als Gegensatz zu dem mittelbar wirkenden, psychologischen Zwang durch Androhung

---

60) Darüber unten § 5.

61) Vgl. Kitzinger, Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, S. 184 f.

62) a. a. O. I, S. 346 ff.

eines Übels auffaßt. Thoma[63]) hat darum den treffenderen Ausdruck „sofortiger Zwang" gewählt, der jedenfalls den Gegensatz zur Zwangsvollstreckung gut wiedergibt. Aber auch hierdurch könnte noch ein falscher Eindruck erweckt werden, nämlich der, als ob das Mittel des „sofortigen Zwanges" einzig und allein in der Gewaltanwendung bestehe[64]); denn von Zwang kann man doch nur da reden, wo mit der Überwindung eines Widerstandes gerechnet wird[65]), also zwangsweise gegen eine Person vorgegangen oder über ihre Sachen verfügt werden soll. Diese Ansicht ist aber nicht zutreffend. So wenig nämlich durch die Ersatzvornahme auf dem Gebiete des Vollstreckungszwanges ein Widerstand überwunden wird, — zu einem Zwangsmittel wird diese nur durch die vorherige Androhung, daß der Zustand hergestellt werden solle, — vielmehr ohne Rücksicht auf den Willen des Verpflichteten einfach der befehlsgemäße Zustand verwirklicht, eine Arbeit geleistet wird, ebensowenig kommt auch außerhalb der Zwangsvollstreckung nur die Gewaltanwendung in Betracht. Vielmehr findet sich neben dem „sofortigen Zwang", der seine Parallele in der unmittelbaren Gewaltanwendung hat, auch die Parallele der Ersatzvornahme, nämlich die ohne vorherige Anordnung und Androhung erfolgende „sofortige Vornahme". Eine solche liegt z. B. vor[66]), wenn die Polizei das führerlose Gefährt, weil es den Verkehr hindert, entfernt oder ein baufälliges Haus in Abwesenheit seines Eigentümers durch Handwerker niederreißen läßt. Einer richtigen systematischen Auffassung erscheinen daher der „sofortige Zwang" und die „sofortige Vornahme" als Unterarten oder besser

---

63) Polizeibefehl, S. 95 Anm. 19. Die Terminologie ist übernommen z. B. von Wolzendorff, Verw. Arch. 18, S. 417 f.; Fleiner, S. 204; Kitzinger S. 36, 184.

64) So in der Tat O. Mayer I, S. 346.

65) Siehe Kitzinger, S. 200; O. Mayer I, S. 342.

66) Vgl. auch das bei Thoma, S. 96 f. angeführte Beispiel, ebenso die unten § 5 zitierten Entscheidungen des OVG.

noch: als Mittel der „sofortigen Herstellung". Beide haben besondere Voraussetzungen ihrer rechtlichen Zulässigkeit, da sie nicht wie die polizeiliche Zwangsvollstreckung durch einen Befehl gedeckt sind[67]).

Eine nähere Ausführung der sich hieraus ergebenden Folgerungen muß, da die Mittel der sofortigen Herstellung nur in der eben bezeichneten Ausführung durch einen Anderen und physischer Gewaltanlegung, niemals aber in Verhängung von Zwangsstrafen, — denn diese setzt begrifflich eine Anordnung und Androhung voraus —, bestehen können, unterbleiben und einer besonderen Arbeit vorbehalten werden. Für unsere Zwecke handelt es sich nur darum, die Vollstreckung nach vorhergehender Anordnung derart, daß die Möglichkeit einer Willensbeeinflussung des Untertanen bleibt, zu scheiden von dem sofortigen obrigkeitlichen Einschreiten, und festzustellen, daß erstere nach heutigem Recht die Regel bildet. Denn daraus, daß diese sofortige Herstellung nur dann zulässig ist, wenn der polizeigemäße Zustand auf andere Weise nicht verwirklicht werden kann, hat man, wie sich noch später zeigen wird, veranlaßt durch die unklare Ausdrucksweise des Gesetzes im § 132 Nr. 3 LVG. unzutreffende Schlüsse auf die Subsidiarität der Vollstreckungshandlung der physischen Gewalt gezogen.

2. Abschnitt.

Die Mittel des Vollstreckungszwanges.

1. Die indirekten Herstellungsmittel (Vollstreckungsmittel).

§ 3.

Zwangsstrafen und Zwangshaft.

Zwei Wege stehen der Behörde offen, um ihre Anordnungen zum Vollzug zu bringen, wenn die freiwillige

67) O. Mayer I, S. 347.

Mitwirkung des Befehlsunterworfenen fehlt. Entweder sie stellt durch eigene Kraftentfaltung, ev. unter Hinzuziehung anderer Personen, den in der Verfügung geforderten Zustand her (davon im nächsten Abschnitt), oder sie erwartet fortdauernd die Mitwirkung des Untertanen bei der Ausführung und sucht daher durch Inaussichtstellung von Übeln für den Fall des Ungehorsams seinen Willen zu beugen. Dieser verstärkte psychologische Zwang ist bei Erzwingung von unvertretbaren Handlungen, z. B. Erteilung von Auskunft, naturgemäß das einzige zur Verfügung stehende Mittel, aber auch zur Erzwingung von Unterlassungen und allen anderen Handlungen denkbar.

Das Übel, das dem Untertanen im Falle der Widerspenstigkeit angedroht wird, besteht, wie im § 132 LVG., in der Regel in einer Geldbuße[68]) und wird als Zwangsstrafe bezeichnet[69]). Andere Ausdrücke dafür sind Ungehorsamsstrafe (Otto Mayer, Thoma, Hofacker), Exekutivstrafe (Anschütz, Loening), Vollstreckungsstrafe[70]), Beugestrafe (Kitzinger). Außerdem findet sich noch (so z. B. in vielen Gesetzen, aber auch bei Haenel und von Schulze-Gävernitz) die Bezeichnung Ordnungsstrafe, die aber wegen ihrer Vieldeutigkeit, — der Begriff der Ordnungsstrafe ist nicht einheitlich, und es haben bei weitem nicht alle Ordnungsstrafen den Charakter von Zwangsstrafen[71]) —, besser zu vermeiden ist. Als Kuriosität sei erwähnt, daß man

68) Haftstrafe ist primär vorgesehen in Württemberg, vgl. O. Mayer I, S. 330 Anm. 8; ebenso in Braunschweig, Sachsen-Weimar, Sachsen-Coburg. Vgl. Kitzinger, S. 191. In Preußen ist Haft nur zugelassen im Falle des Unvermögens an Stelle der Geldbuße, vgl. LVG. 132.

69) Vgl. dazu die in § 1 angegebene Literatur u. Gneist, Art. Verw. Exekution in Holtzendorffs Rechtslexikon III, S. 1106 ff.

70) Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 201.

71) Vgl. die zitierte Abhandlung von Preger, ferner Krakenberger, die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe, S. 3, 62 ff.; Hofacker in Boschers Z. 48, S. 341; Stein, Grenzen und Beziehungen, S. 46 ff.

neuerdings auch den Ausdruck Zwangsgebühr oder Beugegebühr dafür geprägt hat[72]).

Die Zwangsstrafe ist also ein Übel, das die Behörde dem Untertanen zum Zwecke der Erzwingung des Gehorsams gegen einen von ihr erlassenen Befehl auferlegen kann. Als eines der verschiedenen Mittel der Zwangsvollstreckung steht sie, wie bereits oben angedeutet, nicht nur den Verwaltungsbehörden, sondern überhaupt allen Behörden zu, die für die Durchsetzung gesetzlicher Befehle oder ihrer eigenen Anordnungen zu sorgen berufen sind, so auch den Gerichten (vgl. z. B. BGB. 78, 1788, 1837; HGB. 14, 37, 319; ZPO. 390 Abs. 2 (Haft), 888, 890; StPO. 69 Abs. 2 (Haft); aber auch RVO. 581, 656, 879, 889). Wenn die obrigkeitliche Gewalt diesen Weg der Vollstreckung ihrer Anordnungen wählt, so wird bei einer Weigerung des Gehorsamspflichtigen diesem mehr auferlegt, als in dem Befehl enthalten war. Da die Zwangsstrafe somit nicht die „gerade Fortsetzung des Befehles" (Otto Mayer) bildet, sondern einen neuen, wenn auch durch den Ungehorsam veranlaßten Eingriff in Freiheit und Eigentum des Untertanen darstellt, so bedarf sie nach den Grundsätzen des Verfassungsstaates einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, auch wenn bereits der Befehl gesetzlich gerechtfertigt war[73]), und zwar einerlei, ob man sich auf den Standpunkt stellt, daß sie wie die Kriminalstrafen unter Artikel 8 der preußischen Verfassungsurkunde falle oder nicht[74]). Wie wir sahen, hat § 132 Nr. 2 LVG. diese Ermächtigung in bestimmtem Umfange erteilt, aber es muß festgehalten werden, daß die Anwendung dieses psychologischen Zwanges die Rechtssphäre des Individuums mehr beeinträchtigt als die Vollstreckung durch direkte Her-

72) Buch, S. 418 f., darüber unten Anm. 92.

73) O. Mayer I, S. 328 f.; Fleiner, S. 197 f.

74) Vgl. dazu Arndt ZStrW. 21, S. 274 ff., auch Anschütz, Verw. Arch. I, S. 459 und Verf. Urk. I, S. 150 f.

stellung des befohlenen Zustandes. Denn wenn alle psychischen Zwangsmaßnahmen nichts gewirkt haben, so wird, falls die Natur der Sache das zuläßt, immer noch der Befehl direkt erzwungen werden, da der Staat eine Unerfüllbarkeit seiner Ziele nicht dulden kann.

Wenn wir nunmehr die Frage nach der rechtlichen Natur der Zwangsstrafe stellen[75]), so wäre es an sich sowohl denkbar, daß sie als Rechtsfolge eines Delikts einträte, daß also der Ungehorsam gegen behördliche Anordnungen den Charakter eines Delikts trüge, wie auch andererseits, daß sie nur angedroht würde, um keinen Ungehorsam aufkommen zu lassen oder etwa vorhandenen zu beseitigen. Sie könnte also sowohl die repressive Natur einer Deliktsstrafe wie auch die präventive Natur eines reinen Zwangsmittels tragen. Die geschichtliche Entwicklung unseres Exekutionsrechtes, im Gegensatz zu der des französischen Rechts[76]), wie auch die positive Ausbildung des Instituts im geltenden Recht läßt keinen Zweifel, daß wir uns für die zweite Möglichkeit zu entscheiden haben. Als historische Wurzel dieses Zwangsmittels ist die Bannstrafe der mittelalterlichen Obrigkeiten anzusehen[77]). Längst vor der Trennung von Gerichts- und Verwaltungsexekution wurde sie als ein Mittel des Zwangsverfahrens gehandhabt[78]), und nach der Trennung der Staatsfunktionen gehört ihre Entwicklung entsprechend der Tatsache, daß man sie bis auf den heutigen Tag den Verwaltungs-

75) Ein anschauliches Bild von der heute noch hierüber herrschenden Unklarheit bietet die Debatte in einer Kommissionssitzung des Preußischen Abgeordnetenhauses im Jahre 1912, in der über die gesetzliche Normierung einer Strafe zur Erzwingung von Auskünften in Steuersachen beraten wurde. Vgl. Kommissionsbericht über den (nicht zum Gesetz erhobenen) Gesetzentwurf betr. die Abänderung des Einkommensteuergesetzes und des Ergänzungssteuergesetzes (21. Legislaturperiode V. Session 1912/13, Drucksache No. 32 A, S. 171 ff.)

76) vgl. unten S. 111 f.

77) Loening, Verw. Recht, S. 250.

78) Gneist a. a. O., S. 1108, 1109.

behörden als wahren Verwaltungsakt überließ, nicht zur Geschichte des Strafrechts, sondern zu der des Verwaltungsrechts[79]). Aber während bereits die italienischen Prozessualisten des 16. Jahrhunderts dem einfachen Ungehorsam gegen obrigkeitliche Anordnungen (contumacia) den Charakter eines Deliktes absprachen, verwischte später im 18. Jahrhundert eine strafrechtliche Theorie die Unterschiede zwischen Exekutiv- und krimineller Strafe, indem sie den Ungehorsam der Obrigkeit gegenüber als ein strafbares Delikt erklärte und so die Verhängung der durch Verfügung angedrohten Strafen als Akt der Strafgerichtsbarkeit auffaßte[80]). Feuerbach war es dann, der die der Gesetzgebung und Verwaltungspraxis schon längst zu Grunde liegende, historisch begründete Anschauung vom Wesen der Exekutivstrafe als eines Zwangsmittels wieder zur Geltung brachte. Seitdem ist der Standpunkt, daß ein Wesensunterschied zwischen Zwangs- und Deliktsstrafe bestehe, in der Wissenschaft sowohl des Verwaltungsrechts wie auch des Strafrechts[81]) herrschend geblieben. Nur Loening, Haenel und von Schulze-Gäbernitz[82]) wollen einen Unterschied nicht anerkennen, stellen also die Zwangsstrafen unrichtiger Weise den kriminellen Strafen gleich. Die Ausführungen des letztgenannten Verfassers leiden noch besonders darunter, daß er nicht klar unterscheidet zwischen der Festsetzung von Zwangsstrafen, die sich als Verwaltungsakt, und dem Ausspruch von Übertretungsstrafen durch polizeiliche Strafverfügung gemäß StPO. 453 ff. und dem Ges. vom 23. 4. 1883, die sich als Akt der Strafgerichtsbarkeit darstellt.

---

79) Über die Einzelheiten vergl. Anschütz, Verw. Arch. I, S. 404 ff.

80) Über diese Entwicklung Anschütz, S. 410 ff.

81) Binding, Normen I, S. 501; Handbuch, S. 275 f.; Hälschner, Strafrecht I, S. 36; Meyer-Allfeld, Strafrecht, S. 300 f.; Frank, StGB. S. 8, 43, 52, 610.

82) Loening, S. 251; Haenel, S. 456 ff.; von Schulze-Gävernitz II, S. 319.

Unzweifelhaft sind aber Unterschiede zwischen Zwangs- und Deliktsstrafen vorhanden. Äußerlich zeigt sich das schon darin, daß letztere zur Bewehrung einer allgemeinen Norm, Strafgesetz oder Polizeiverordnung, festgesetzt sind, während jene jedesmal für den Einzelfall in einer behördlicher Verfügung angedroht werden. Es erhellt hieraus, daß der Erfüllungszwang ein anderes Ziel hat als der Strafzwang, und dies bedingt den eigentlichen Unterschied beider Strafarten[83]). Denn die Deliktsstrafe wird verhängt als Folge eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens, weil eine rechtswidrige Handlung stattgefunden hat, — der Streit der Strafrechtstheorien um den Zweck der Strafe selbst bleibt dadurch ganz unberührt[84]), — dagegen zielt die Androhung einer Zwangsstrafe dahin, den Willen des Verpflichteten zu beugen und ihn zu einem normgemäßen Verhalten zu veranlassen[85]). Die Deliktsstrafe ist Selbstzweck, die Zwangsstrafe nur Mittel zum Zweck. Aber auch diese begriffliche Verschiedenheit der Zwecke läßt sich nicht auf die Spitze treiben[86]). Im konkreten Falle wird auch die Zwangsstrafe festgesetzt, weil das Ziel noch nicht erreicht werden konnte und der Ungehorsam, der Widerstand noch nicht überwunden war[87]), durch die Verhängung des Übels soll dem Untertanen deutlich gemacht werden, daß er sein Verhalten zu ändern habe. Mit der Verhängung hört also auch bei der Zwangsstrafe die psychologische Einwirkung auf: durch die Voll-

---

83) Preger, S. 418 ff.; Isaac ZStrW. 21, S. 640; Fleiner, S. 199; Krakenberger, S. 11.

84) Stein, Grenzen und Beziehungen, S. 40; Krakenberger, S. 10.

85) Francke, Magazin für hannoversches Recht V, S. 45; Anschütz, S. 453; Rosin, S. 105; O. Mayer I, S. 328 f.; Thoma, S. 86; Hofacker, Verw. Arch. 14, S. 454 f. — Hofacker behauptet also (S. 455 und Verw. Arch. 15, S. 432) zu Unrecht, daß nach der Meinung der herrschenden Lehre beide Strafen denselben Zweck verfolgten.

86) Thoma, S. 86.

87) Rosin, S. 106 Anm. 10; Kastner, Impfzwang, S. 40.

ziehung soll die durch den Ungehorsam verursachte „Disharmonie zwischen Recht und Unrecht“ ausgeglichen werden.

Greifen so schon die Zwecke ineinander über[88]), derart daß man höchstens sagen kann, das Schwergewicht liege bei der Zwangsstrafe darin, auf ein normgemäßes Verhalten hinzuwirken, — in abgeschwächter Form tut das ja auch das Bewußtsein von den allgemeinen Androhungen der Strafgesetze[89]), — die Zwangsstrafe sei eine Kombination von Strafe und Zwang[90]), so trifft das noch mehr zu, wenn man die Wirkungen der beiden Strafarten betrachtet. Die Zwecke ließen sich zwar begrifflich scheiden — und das zeitigt, wie noch zu erörtern ist, auch verschiedene Folgen bei der rechtlichen Handhabung — die Wirkung jedoch auf den davon Betroffenen ist bei beiden Arten durchaus die gleiche. Allerdings hat eine rein formal-begriffliche Betrachtung beider Institute das geleugnet, hat aus der Verschiedenheit der Zwecke auch eine Verschiedenheit der Wirkungen folgern wollen und, weil die Exekutivstrafe ein Zwangsmittel ist, erklärt, der Name Strafe sei überhaupt zu verwerfen[91]). Zu welch grotesken Auffassungen eine solche Begriffsspielerei führt, zeigen am besten die Ausdrücke Zwangsgebühr, Beugegebühr[92]).

88) Isaac, S. 640 f.; Kitzinger, S. 196 f. Dieser Schriftsteller definiert die Zwangsstrafe als Mittel zur Sicherung des primären Anspruchs des Staates auf normgemäßes Verhalten, während die Deliktstrafe zwar auch diesem Zweck dient, aber doch deshalb verhängt wird, weil dem Staate ein sekundärer Rechtsanspruch auf Strafe aus der Übertretung der Norm erwächst. Vgl. auch S. 29 ff.

89) Vgl. Rosin, S. 106; Neukamp, S. 72 Anm. 61 a. E.

90) Stein a. a. O., S. 47.

91) Förstemann, S. 207; Parey, Polizeistrafverordnungsrecht, S. 21 Anm. 15b; Neukamp, S. 46 Anm. 30.

92) Buch a. a. O., S. 418 f. Auf S. 418 heißt es: „Die Zwangsgebühr, Beugegebühr, wird gewöhnlich als Exekutivgeldstrafe oder Zwangsgeldstrafe geführt. Da sie aber „Strafe“ im eigentlichen Sinne nicht ist, verleitet der Ausdruck zu falschen Vorstellungen und ist deshalb zu vermeiden. Sie ist eine Vermögenseinbuße, die der Verpflichtete zu tragen

Aber alle diese Gedankengänge führen auf Abwege und machen eine zutreffende Behandlung der sich an die Natur der Zwangsstrafe anschließenden Rechtsfragen unmöglich. Bereits Rosin[93]) hat ausgeführt, daß die Exekutivstrafe trotz ihrer besonderen Natur als Zwangsmittel doch darin mit der echten Strafe übereinstimmt, daß dem Vermögen bezw. der Bewegungsfreiheit des Verpflichteten Abbruch getan wird. Ebenso sagt Anschütz[94]), daß sich die Exemption der Exekutivstrafe nicht rein begrifflich (in Bezug auf ihre Wirkung nämlich) erkläre, und O. Mayer[95]) lehrt, sie sei Strafe, insofern sie dem allgemeinen Begriff eines obrigkeitlich zugefügten Übels wegen mißbilligten Verhaltens[96])

hat, wenn er nicht freiwillig tätig, sondern durch sein Verhalten die Ursache dazu wird, daß die Behörden in eine Zwangsaktion gegen ihn treten müssen. Sie ist die Gebühr für den Verwaltungshandgriff(!)." Dazu vergl. man z. B. Wagner bei Gerlach Art. Gebühren, bei Stengel-Fleischmann II, S. 4, nach dem die Gebühren ein „spezielles Entgelt des Pflichtigen für eine ihm besonders zugute kommende oder doch durch ihn besonders veranlaßte (bezw. verschuldete) öffentliche Tätigkeit und für die dadurch bedingte Kostenverursachung, demnach eine — mehr oder minder vollständige — Kostendeckung dieser besonderen Tätigkeit und besonderen Kostenprovokation bilden" sollen. Selbst wenn man also die Androhung der Zwangsstrafe als eine durch den Pflichtigen verursachte Tätigkeit ansieht, wo bleiben hier die Kosten der Androhung (50 Mark Schreibgebühr?) und wie stimmt eine solche Auffassung zu dem aus der Natur als Willensbeugungsmittel herzuleitenden Grundsatz (vgl. z. B. Frank, Studien zum Polizeistrafrecht, S. 11), daß die Höhe der Strafe bei der Androhung zu bemessen ist nach der mutmaßlichen Größe des Widerstandes des Ungehorsamen?

93) a. a. O. S. 105 f.

94) a. a. O. S. 453.

95) a. a. O. I, S. 328; ebenso schon das Urteil des Kompetenzkonfliktsgerichtshofes vom 14. 12. 1867 (JMBl. 1868, S. 117).

96) Es bleibt daher unverständlich, wie Hofacker Verw. Arch. 14, S. 458 behaupten kann, die Exekutivstrafe habe im Gegensatze zur Kriminalstrafe nicht den Zweck, eine Handlung eines Einzelnen zu mißbilligen und letzteren etwa zu einem anderen Verhalten zu bestimmen. Wenn das wahr wäre, so müßte man wirklich fragen, warum denn dann eigentlich Zwangsstrafen von den Verwaltungsbehörden angedroht werden.

entspreche. Dem schließt sich Thoma an, wenn er ausführt[97]), daß die Exekutivstrafe zwar theoretisch scharf von der Polizeistrafe (und überhaupt der Deliktsstrafe) geschieden, praktisch aber mit ihr so gut wie identisch sei.

Diese Auffassung hat eine lebhafte Polemik Hofackers hervorgerufen, mit der wir uns ihrer prinzipiellen Wichtigkeit[98]) wegen hier auseinandersetzen müssen. Gegenüber besonders der erwähnten Formulierung von Thoma und Rosin führt Hofacker aus[99]), es sei doch entschieden ein „praktischer Unterschied", wenn ein Bauherr, gegen den wegen unerlaubter Inangriffnahme von Bauarbeiten ein Strafverfahren eingeleitet werde, die Fabrik möglicherweise bis zum Eintritt der Rechtskraft vollenden könne, dagegen durch die wiederholbaren und sich steigernden Ungehorsamsstrafen von der Vollendung abgehalten werde. Ebenso sei es ein praktischer Unterschied, daß die Ungehorsamsstrafe im Gegensatz zur Kriminalstrafe auch juristische Personen erfassen könne. Diesen Ausführungen hat schon Thoma[100]) entgegengehalten, daß in ihnen die Vieldeutigkeit des Wortes „praktisch" verkannt werde, sonst könne Hofacker nicht versuchen, den Satz, Polizeistrafe und Ungehorsamsstrafe seien „praktisch" (d. h. in ihrer Wirkung auf das Publikum) identisch, mit der Bemerkung zu entkräften, die beiden Strafarten seien wegen der ganz verschiedenen Rechtssätze, die ihre Handhabung beherrschen, gerade „praktisch" (d. h. hier: in ihrer Handhabung durch die Behörden) ungemein verschieden. Gegen diese sehr treffende Widerlegung hat Hofacker seinerseits eingewandt[101]), diese praktischen Unterschiede beider Maßregeln vom Standpunkte ihrer Handhabung aus müßten sich in der

97) Polizeibefehl, S. 261.

98) Vgl. z. B. die Zustimmung, die Hofacker bereits bei Schultzenstein, Verw. Arch. 16, S. 594 gefunden hat.

99) Bad. VerwZ. 1907, S. 166.

100) Bad. VerwZ. 1908, S. 20 Anm. *).

101) Bad. VerwZ. 1908, S. 46.

Wirkung auf den Betroffenen ebenfalls praktisch äußern. Er führt als Beispiel an, daß der Betroffene bei der Exekutivstrafe im Gegensatz zur Kriminalstrafe ein Kind, Geisteskranker, juristische Person sein könne, daß die Exekutivstrafe des anstößigen Charakters der Kriminalstrafe entbehre, z. B. niemals im Strafregister eingetragen werde, daß sie nicht nach Wegfall des Erzwingungszweckes verhängt werden könne, daß sie überhaupt in der Strafandrohung, nicht in der Straffestsetzung ihren Schwerpunkt habe, daß sie andererseits aber ohne Rücksicht auf eingelegte Rechtsmittel je nach den Verwaltungszwecken beliebig wiederholbar sei. Diesen Beispielen muß zum größten Teil der Vorwurf gemacht werden, daß sie gerade von der Art sind, die Thoma oben gekennzeichnet hat, zum Teil aber (z. B. daß die Exekutivstrafe des anstößigen Charakters der Kriminalstrafe entbehre) sind die Unterschiede bezüglich der Wirkung von so untergeordneter Bedeutung, daß man sieht, wohin diese Begriffslogik führt. Die fundamentale Gleichheit beider Strafarten, daß sie für den Betroffenen eine Vermögenseinbuße darstellen, wird darüber überhaupt nicht beachtet. Darauf kommt es allerdings nicht an, — wogegen sich Hofacker an dieser Stelle wendet —, daß Zwangs- und Deliktsstrafen in der „Wertschätzung" des Publikums gleichgesetzt werden, daß auch die Exekutivstrafe als Strafe „aufgefaßt" wird. Aber ob nun der Strafrichter die Verurteilung zu einer Geldstrafe ausspricht oder ob sie vom Verwaltungsbeamten festgesetzt wird, in beiden Fällen wird in ganz gleicher Weise die Rechtssphäre des Individuums beeinträchtigt. Oder glaubt Hofacker etwa, daß der Untertan bei der Berechnung seiner Ausgaben sorgfältig unterscheidet, daß er durch die Ungehorsamsstrafe gezwungen werden sollte, daß aber die Deliktsstrafe zur Sühnung einer Übertretung 2c. über ihn verhängt worden ist[102])? Gesichtspunkte, wie der des ver-

102) Vgl. auch Thoma, Polizeibefehl, S. 246 f.

schiedenen Charakters beider Strafen, der verschiedenen psychologischen Wirkung ihrer Verhängung können (darüber unten II. Teil 3. Abschnitt) nur de lege ferenda zur Beantwortung der Frage, wessen Beurteilung gewisse Normwidrigkeiten unterliegen sollen, Beachtung finden.

Somit ergibt sich, daß zwischen der Zwangsstrafe als Mittel der Zwangsvollstreckung und der Deliktsstrafe zwar hinsichtlich ihres vornehmlichen Zweckes bedeutsame Unterschiede vorhanden sind, daß sie aber in ihrer Wirkung, wenn man sie vom Standpunkt des betroffenen Einzelnen betrachtet, — und daß das der richtige Standpunkt, die einzige zum Ziele führende Methode auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ist, wird später zu zeigen sein[103]) —, gleichgesetzt werden müssen.

Die Konsequenzen, die sich aus der Natur der Exekutivstrafe als Zwangsmittel für ihre rechtliche Behandlung ergeben, sind folgende: Die vorherige (schriftliche) Androhung ist im § 132 LVG. vorgeschrieben, im übrigen aber begriffswesentlich[104]). Da ihr Zweck nicht die Sühnung eines begangenen Unrechts, sondern Willensbeugung ist, so steht sie der Behörde solange zur Verfügung, bis dieser Zweck erreicht ist. Sie ist also, im Gegensatz zur Kriminalstrafe, für die der Grundsatz: ne bis in idem gilt, beliebig oft wiederholbar[105]) und kann je nach der Größe des Widerstandes im Verlaufe des Zwangsverfahrens noch gesteigert werden[106]). Andererseits ist es die notwendige Folge, daß die Zwangsstrafe wegfällt, wenn der von ihr verfolgte Zweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist. Wäre dem nicht so, so würde sie eine Vergeltungsstrafe sein, sie würde

---

103) Ganz verfehlt Krakenberger, S. 21 Anm. 3.

104) Isaac, S. 675 ff.; Hofacker in Boschers Z. 48, S. 345; Krakenberger, S. 134.

105) O. Mayer I, S. 333; Neukamp, S. 49; Hofacker Verw. Arch. 14, S. 460 f.; OVG. 7, S. 388.

106) Isaac, S. 703 ff.

den Ungehorsam treffen, weil er stattgefunden hat. Wenn aber der Pflichtige, sei es auch nach Ablauf einer etwa gesetzten Frist, sein Verhalten dem Befehle gemäß einrichtet, so darf sie, — das ist unbestritten —[107]), nicht mehr festgesetzt werden. Fraglich ist nur, ob eine bereits festgesetzte Strafe noch vollstreckt werden darf, wenn noch vor der Vollstreckung der Zweck, sei es durch Erfüllung oder durch Unmöglichwerden, wegfällt. Wenn man theoretisch die Natur der Exekutivstrafe als Zwangsmittel betrachtet, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß von dem Augenblick an, wo der Zweck weggefallen ist, die Einziehung der Zwangsstrafe unterbleiben muß. Wir halten diese Folgerung, die auch von einem Teil der Schriftsteller gezogen wird[108]), für die richtige. Sie wird jedenfalls nicht durch die — gänzlich unbewiesene — Behauptung entkräftet[109]), die einmal ausgesprochene Strafe schaffe ein neues Rechtsverhältnis, das der freien Verfügung der Behörde nicht mehr unterliege; die Geldstrafe bilde den Gegenstand eines Forderungsrechts des Staates, auf welches sie nicht verzichten könne. Unlogisch ist es auch, wie Hofacker das tut, hier zwischen Geld- und Haftstrafe zu unterscheiden. Denn wenn er sagt[110]), daß die Vollstreckung einer Haftstrafe nach Wegfall des

107) Vgl. z. B. OVG. 2, S. 382 ff., 413 ff.; 7, S. 347; Haenel I, S. 459; Friedrichs LVG. § 132 Anm. 16.

108) Oppenhoff, Ressortverhältnisse, S. 198 Anm. 662; anscheinend auch Anschütz, S. 455; Zürn in PVBl. 30, S. 47; Büren eod. 31, S. 567 f.; Buch, S. 420 Anm. 47; von Bitter II, S. 1020. Ebenso für die freiw. Gerichtsbarkeit das Kammergericht in KGJ. 40 A. 83; 41 A. 34; für das Zivilprozeßrecht Stein ZPO. II, zu § 888 II 3.

109) O. Mayer I, S. 332; vgl. dagegen auch Thoma, Polizeibefehl, S. 93 Anm. 15. — Hofacker in Verw. Arch. 14, S. 454 und Boschers Z. 48, S. 345 wendet sich gegen diese Lehre Otto Mayers, um kurz darauf (Verw. Arch. S. 456 und Boschers Z. S. 348) mit eben derselben und nur dieser Begründung den Satz zu verfechten, daß eine Geldstrafe auch nach Wegfall des Zweckes noch vollstreckt werden könne.

110) Verw. Arch. 14, S. 456 und Boschers Z. 48, S. 348.

Zweckes kein Zwangsmittel mehr, sondern eine Strafe sei, so ist nicht einzusehen, warum das für die Geldstrafe nicht ebenfalls gelten solle. Wohl aber wird aus praktischen Gründen die Meinung vertreten, daß einmal auch die weitgehendste Rücksichtnahme aufhören müsse und daß kein Zeitpunkt dazu so geeignet sei, wie der der obrigkeitlichen Festsetzung der Strafe[111]). Mit Rücksicht auf die mancherlei Bedenken, die allerdings der Forderung entgegenstehen, daß der Exekutivbeamte auch im letzten Moment noch von der Vollstreckung abstehen solle, wird zu sagen sein, daß die Vollstreckung zwar nicht zu erfolgen braucht, aber wohl erfolgen kann, daß also der Behörde (im Gegensatz zu Otto Mayer und Hofacker) noch immer die freie Verfügung über diese Maßregel zusteht.

Die ganze Frage wird hauptsächlich dann von Bedeutung, wenn eine Pflicht zum Handeln, nicht aber zum Unterlassen in Betracht kommt. Denn die einmalige oder zeitweilige Verletzung einer Verpflichtung zum Tun führt, — darin liegt der für das Zwangsrecht besondere Charakter derjenigen Rechtsverletzungen, die man auf strafrechtlichem Gebiete als echte Unterlassungsdelikte bezeichnet —[112]), nicht unbedingt zur Festsetzung der Zwangsstrafe; Erfüllung, wenn sie nur vor der Festsetzung erfolgt, hindert den Ausspruch der Strafe. Dagegen läßt sich eine Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht überhaupt nicht wieder gut machen und hat stets die Straffestsetzung zur Folge[113]). Das ist auch

111) Mit eingehender Begründung Friedrichs in PVBl. 31, S. 405; früher schon MVfg. vom 14. 8. 1849 (VMBl. S. 161); OVG. vom 22. Juni 1878 (VMBl. S. 186); OVG. 5, S. 167 ff.; Preger, S. 421 Isaac, S. 689 f.

112) Vgl. darüber Traeger, Problem der Unterlassungsdelikte, S. 10. Daß gerade diese Delikte Verwaltungsdelikte im Sinne Goldschmidts sind, darüber Goldschmidt, Verw.-Strafrecht, S. 344 Anm. 28.

113) Auf diesen interessanten Unterschied weist schon Förstemann, S. 410 ff. hin. Darüber, daß nach der Rechtsprechung des OVG. die Zwangs-

der Grund dafür, daß man im Zivilprozeßrecht die Strafe des § 890 ZPO. im Gegensatz zu der des § 888 ZPO. fälschlich als eine Deliktsstrafe auffaßt[114]).

Eine schwer zu lösende Frage bleibt, weil jegliche positive Gesetzesbestimmungen darüber fehlen und die Regelung gerade dieses Problems Sache des Gesetzgebers wäre[115]), diejenige, ob die Festsetzung der Zwangsstrafe von subjektivem Verschulden abhängig ist oder nicht. Denn mag man auch der Ansicht sein, daß zur Beseitigung einer Polizeiwidrigkeit stets der Urheber verpflichtet ist, daß also in soweit das reine Veranlassungs- oder Verursachungsprinzip gilt[116]), so erhellt doch auf den ersten Blick, daß es sich hier um ganz andere Dinge handelt. Denn hier kommt nicht nur die Verpflichtung zu polizeigemäßem Handeln in Betracht, sondern es fragt sich, ob gegen den Verpflichteten, wenn er dem Befehl nicht nachkommt, das selbständige Übel verhängt werden darf, dessen sich die Polizei bedient, um auf einem Umwege ihr Ziel zu erreichen. Zwar ist es wegen der besonderen Natur der Zwangsstrafe bedenklich, Begriffe und Voraussetzungen des Strafrechts hierher zu übertragen[117]), aber das entbindet doch nicht von der Prüfung der Frage[118]), ob sich nicht aus der

---

strafen bei Erwartung künftiger Verstöße nur für jeden Fall, aber nicht jeden Tag der Zuwiderhandlung angedroht werden dürfen, vgl. die Nachweise bei von Arnstedt, I, S. 89 f. und Friedrichs, LVG. 132 Anm. 14.

114) Vgl. oben S. 16; Isaac, S. 641 f., 678 f.; von Kleist in JW. 1911, S. 205 ff.

115) Vgl. Hofacker, Verw. Arch. 15, S. 419 ff., der denselben Gedanken für die (künftige) Verwaltungsstrafe ausspricht.

116) So Anschütz, Polizei, S. 21 und Schultzenstein Verw. Arch. 14, S. 21 ff. Dagegen aber W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 312 und OVG. 44, S. 418 ff.

117) Zu weit geht in dieser Beziehung wohl Isaac §§ 7, 8. Ebenso verfehlt ist es natürlich, für ZPO. 890 Verschulden mit der Begründung zu fordern, daß es sich um eine echte Strafe handele. Stein, ZPO. II, zu § 890 II 3; RGZ. 36, S. 417.

118) Das hält Buch, S. 368 f. für überflüssig und begnügt sich mit der Feststellung, daß keiner der Begriffe des Strafrechts zu übernehmen sei.

besonderen Natur der Erzwingung nicht auf dem unmittelbaren, sondern dem mittelbaren Wege auch besondere Voraussetzungen ergeben. Daß der Zwang, also auch der Erfüllungs-, hier speziell der Verwaltungszwang, sich letzten Endes nicht gegen den Willen des Verpflichteten wendet, das hat schon Thon[119]) nachgewiesen. Vielmehr ist sein Ziel die Herstellung eines objektiven Zustandes, der den von der Gesamtheit als schutzwürdig erkannten Interessen, also beim Verwaltungszwang dem öffentlichen Interesse[120]) entspricht. Dieses Ziel kann unabhängig von dem Vorhandensein oder der Beschaffenheit eines Willens durchgesetzt werden. Wie wir noch sehen werden, kommt es bei den Zwangsmitteln der Ersatzvornahme und unmittelbaren Gewaltanwendung garnicht auf den Willen des Verpflichteten an, das „Zum-Gehorsambringen" ist niemals Endzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Vielmehr handelt der Staat, nachdem er allerdings in der Regel vorher sein Einschreiten angedroht und durch diese Tatsache motivierend auf den Untertanen eingewirkt hat, bei der Ersatzvornahme ohne jede Rücksicht auf den Willen des Verpflichteten, und bei der physischen Gewaltanwendung bricht er ihn kurzerhand. Wenn aber, — was hier in Frage steht —, die Behörde den mittelbaren Weg der Androhung von Übeln zur Erzwingung ihrer Anordnungen wählt, so soll der Wille des Verpflichteten gebeugt werden. Das hat zur Voraussetzung, daß er gebeugt werden kann, also

1. daß ein verantwortlicher Wille vorhanden ist und

2. daß er fehlerhaft ist und nicht schon von selbst die Richtung hat, die ihm durch das Zwangsverfahren gegeben werden soll[121]). Daraus folgt, daß bei Unzurechnungsfähigkeit, z. B. Geisteskrankheit des Verpflichteten eine

119) Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 96 ff.

120) Vgl. Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse.

121) Vgl. Isaac, S. 655 f.

Zwangsstrafe nicht festgesetzt werden kann, was auch allgemein anerkannt wird[122]). Ferner aber muß auch ein gewisses Verschulden erfordert werden. Denn ebenso wie man im Strafrecht den Grundsatz: „Keine Strafe ohne Schuld“ als eine Errungenschaft ansehen[123]) und auf die Tatsache, daß in gewissen Steuer- und Zollgesetzen[124]) eine Bestrafung ohne subjektives Verschulden angedroht ist, als auf eine atavistische Erscheinung herabsehen muß[125]), ebenso muß man auch hier sagen, daß die Behörden nur dann ein Recht zur Zufügung des Übels haben, wenn der Betreffende „etwas dazu gekonnt hat“, daß der von ihm geforderte Erfolg nicht eingetreten ist. Es ist daher unrichtig, wenn Hofacker behauptet[126]), die Schuldfrage bestehe darin, ob der Verpflichtete sein Verhalten den gestellten Anforderungen entsprechend gestaltet hat. Denn zum Ungehorsam genügt nicht der bloß äußerliche Widerspruch mit dem Befehl[127]).

Die Frage der Verschuldung verliert allerdings dadurch an Bedeutung, daß dem Untertanen seine Pflichten durch die Verfügung vorher klar gemacht werden. Deshalb wird man auch, wie das Otto Mayer und Goldschmidt[128]) auch für das Verwaltungsstrafrecht fordern, ein verschuldetes Zuwiderhandeln vermuten und dem Pflichtigen den Entlastungsbeweis dafür aufbürden, daß er nach bestem

122) Vgl. z. B. Preger, S. 423; Krakenberger, S. 132. Selbst hier anscheinend anders Buch, S. 368.

123) Vgl. Traeger, Wille, Determinismus, Strafe, S. 9 ff.; von Liszt, Strafrecht, § 36; Meyer-Allfeld, Strafrecht § 24.

124) Vgl. die Aufzählung bei Isaac, S. 655.

125) Frank, Studien zum Polizeistrafrecht, S. 13 f.; Stein, Grenzen und Beziehungen, S. 46.

126) Verw. Arch. 14, S. 458 Anm. 18.

127) O. Mayer I, S. 331: Wie bei jeder Strafe sei auch hier eine Schuld vorausgesetzt. Für das Zivilprozeßrecht vgl. noch RGZ. 39, S. 416; 43, S. 405.

128) O. Mayer I, S. 321 ff. Goldschmidt, Verw.-Strafrecht, S. 221, 399 f., 409 f., bes. S. 580.

Können seinen Pflichten nachgekommen sei. Daß hierin die Voraussetzungen der Zwangsstrafe mit denen der Verwaltungsstrafe (im Sinne Goldschmidts) übereinstimmen, darauf weist auch Otto Mayer[129]) hin. Ferner muß auch Voraussehbarkeit der Vorschriftswidrigkeit der Handlung oder Unterlassung gefordert werden[130]), da man sonst nicht von Ungehorsam reden kann. Wenn also jemand in unverschuldeter Unkenntnis einer Verfügung, die ihm ein bestimmtes Verhalten auferlegte, geblieben ist, so kann gegen ihn ebensowenig das Übel der Zwangsstrafe festgesetzt werden, wie über ihn eine Polizeistrafe im Strafverfahren verhängt werden könnte[131]). Der gute Glaube des Betroffenen wird also doch geschützt — wie gegen Hofacker[132]) zu bemerken ist — und wird in der Praxis in der Beschwerdeinstanz (vgl. LVG. § 133 Abs. 2) auch stets berücksichtigt.

Im engsten Zusammenhange mit dem hier erörterten Problem steht die schwierige Frage, die im Rahmen dieser Arbeit nur gestreift werden kann, wie sich die Zwangsstrafe zu den juristischen Personen, Minderjährigen rc. verhält. Hofacker[133]) führt hierüber folgendes aus: Juristische Personen können verpflichtet sein, mit ihren Mitteln eine Anordnung zu erfüllen. Das ist natürlich unbestreitbar[134]). „Da nun weiterhin die Zwangsersatzvornahme und der unmittelbare Zwang in solchen Fällen nur dieses Rechtssubjekt treffen können, so folgt dasselbe auch für die Exekutivstrafe." Bei einer solchen Argumentation ist natürlich ein Problem über-

129) a. a. O. S. 331.

130) Goldschmidt, S. 580. Die Folgerung, die Frank, Studien, S. 17 aus dem Begriff des Ungehorsams dahingehend zieht, daß Bewußtsein der Normwidrigkeit erforderlich sei, ist nicht zwingend.

131) Vgl. Traeger im Ger.-Saal 77, S. 99.

132) Verw. Arch. 14, S. 458.

133) Verw. Arch. 14, S. 457.

134) Vgl. dazu Anschütz, S. 451; von Arnstedt I, S. 85; OVG. 1, S. 337; 5, S. 86; 7, S. 219; 23, S. 377.

haupt nicht vorhanden. Zunächst ist aber schon die Prämisse, daß unmittelbarer Zwang nur die juristische Person treffen könne, jedenfalls soweit es sich um „Zwang gegen die Person" handelt[135]), unhaltbar. Vor allem aber setzt sich Hofacker völlig über die Tatsache hinweg, daß es bei den Vollstreckungshandlungen der Ersatzvornahme und der Gewaltanwendung überhaupt nicht auf den Willen des Verpflichteten ankommt, während, wie wir sahen, durch die Zwangsstrafe gerade der Wille des Rechtssubjektes gebeugt werden soll. Da wäre es schon einfacher zu argumentieren: die juristische Person ist Subjekt von Vermögensrechten; warum soll man also ihren Vermögensrechten nicht Abbruch tun können? Die eingehenden Erörterungen über diese Frage von Isaac, Schultzenstein, Fleiner und Buch[136]) zeigen aber, daß man sehr wohl ganz verschiedener Meinung über die Lösung dieses Problems sein kann.

Unsere Auffassung, die sich am meisten derjenigen von Buch nähert, möchten wir, ohne auf die Gründe Für und Wider einzugehen, kurz formulieren: Verpflichtet zur Befolgung der Anordnung ist die juristische Person bezw. der Minderjährige 2c. Da diese aber nur durch ihre gesetzlichen Vertreter handeln können, so muß sowohl die Anordnung wie auch eventuell die Androhung von Zwangsmitteln an diese ergehen, da ihr Wille zur Erfüllung der polizeilichen Pflichten des Vertretenen geneigt gemacht werden muß. Die Zwangsmittel sind, soweit sie mit physischen Personen zu rechnen haben, gegen die Vertreter zu richten, soweit sie aber den Vermögensbereich[137]) betreffen, in das Vermögen der

---

135) Vgl. Buch, S. 360 f.

136) Isaac, S. 648 ff.; Schultzenstein, Verw. Arch. 14, S. 1 ff.; ZZP. 35, S. 475 ff.; Fleiner, S. 143 ff. gegen Schultzenstein, ebenso auch Stein, ZPO II, zu § 888 IV und § 890 V; Buch, S. 360 f., 363.

137) Sächs. OVG. in DJZ. 1912, S. 407. Daß die Androhung der eventuellen Umwandlung in Haft gegenüber nicht-physischen Personen unzulässig ist, ergibt sich aus der Natur der Sache. Vgl. OVG. 42, S. 242.

juristischen Person zc. zu vollstrecken. Der psychologische Zwang auf die Vertreter wird hervorgerufen durch die Aussicht darauf, daß sie sich im Falle einer Pflichtverletzung der juristischen Person zc. gegenüber schadensersatzpflichtig machen. Die subjektiven Momente bei der Festsetzung einer Zwangsstrafe sind nach der Person der verantwortlichen Vertreter zu beurteilen[138]), da diese mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen handeln. Denn wie sollte sich eine juristische Person als solche z. B. in einem entschuldbaren Irrtum befinden können?

2. Die direkten Herstellungsmittel (Vollstreckungshandlungen).

§ 4.

Die Ersatzvornahme.

Wir haben bisher nur den Fall behandelt, wo die Behörde sich des eigenen Eingreifens zur Ausführung ihrer Anordnung enthält, die Befolgung der Verfügung ausschließlich von dem Willen des Untertanen erwartet und daher auf diesen Willen, wenn er widerspenstig ist, durch Androhung von Übeln einwirkt. Der Behörde steht aber auch das Mittel zur Verfügung, die geschuldete Leistung auf Kosten des Säumigen ausführen zu lassen. Das ist die Vollstreckungshandlung der sogenannten Ersatzvornahme, die in LVG. § 132 Nr. 1 geregelt ist und ihr zivilprozeßrechtliches Seitenstück in § 887 ZPO. findet.

Zu einem Zwangsmittel wird die Ersatzvornahme nur dadurch, daß sie dem Verpflichteten vorher angedroht wird, — § 132 schreibt in jedem Fall schriftliche Androhung vor —, da der Pflichtige sich damit vor die unabänderliche Tatsache gestellt sieht, daß der Staatswille zur Durchführung gebracht

138) Vergleiche für das Zivilprozeßrecht RGZ. 43, S. 405.

wird, und es in der Regel jedenfalls als lästiger und nachteiliger empfunden wird, wenn statt eigener Erfüllung fremdes Eingreifen eintritt. Immer muß es sich also handeln um ein Tun, wie z. B. bei den echten Unterlassungsdelikten, und zwar um ein befohlenes Tun, das sowohl der Pflichtige wie auch Andere ausführen können. Es kommen daher vor allem technische Leistungen in Betracht: Beseitigung oder Verbesserung ordnungswidriger Gegenstände, Anbringung von Schutzvorrichtungen, Bau- und Wegearbeiten ꝛc[139]). Es ist klar, daß mit diesem Mittel durchaus nicht notwendig ein weiterer Zwang verbunden zu sein braucht, z. B. bei Wegeausbesserungen; ist es aber der Fall, tritt beispielsweise die Notwendigkeit ein, den Verpflichteten zum Dulden der Ausführung zu zwingen, so liegt eine Kombination von Ersatzvornahme und Gewaltanwendung vor[140]). Im übrigen aber wird der Wille des Untertanen einfach ignoriert: „Handelst Du nicht, so wird die Sache auf Deine Kosten ausgeführt."

Denn daß etwaige Kosten von dem Pflichtigen zu tragen sind, ist selbstverständlich, da es sich ja um eine Leistung handelt, zu der er nach öffentlichem Rechte verpflichtet war. Nach dem Gesetz können diese Kosten von der Behörde im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens eingezogen werden. Diese Kosten sind aber keine Strafe, die Aussicht darauf soll nicht etwa als psychologisches Zwangsmittel auf den Verpflichteten wirken[141]), vielmehr sind sie einfach Kosten des Verfahrens, der unmittelbaren Herstellung des Befehles[142]), die durchaus nicht höher zu sein brauchen als diejenigen, die dem Verpflichteten durch seine eigene Ausführung oder durch die

---

139) Vgl. Anschütz, S. 403 f.; O. Mayer I, S. 337 f.; Friedrichs, LVG. 132 Anm. 9 u. 20.

140) Vgl. darüber auch unten § 6 bei Anm. 173.

141) Was Neukamp, S. 43, und Hofacker, Verw. Arch. 14, S. 466 zu Unrecht annehmen.

142) O. Mayer I, S. 339.

Ausführung von ihm Beauftragter erwachsen wären[143]). Deshalb, weil hier der Befehl einfach in den Vollzug übergeführt wird, braucht das Mittel der Ersatzvornahme anders als die Zwangsstrafe auch keine selbständige Rechtsgrundlage, da es keinen weiteren Eingriff in den Rechtskreis des Einzelnen enthält als schon der anordnende Befehl selbst[144]).

Die preußische Praxis neigt in allzu enger Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes: „Die Behörde hat . . . die Handlung durch einen Dritten ausführen zu lassen" dazu, nur dann das Zwangsmittel der Nr. 1 des § 132 als vorliegend anzusehen, wenn sich die Behörde an fremde Personen mit dem Auftrage um Ausführung gewandt hat. Dagegen pflegt sie bei Eingreifen der Polizeibeamten selbst gewöhnlich von „unmittelbarem Zwang" zu reden[145]). Das ist aber verfehlt. Wie im bürgerlichen Recht mit dem Ausdruck „der Dritte" ein arger Mißbrauch getrieben wird, so kann man auch hier die Regelung nur so auffassen, daß eine Ausführung durch einen Andern anstelle des Verpflichteten gemeint ist. Dieser Andere kann aber auch ein Beamter der Polizei sein. Wenn also z. B. nicht ein Arbeiter, sondern ein Polizeisergeant ein Verkehrshindernis aus dem Wege räumt, so wird dadurch aus der Ersatzvornahme noch kein unmittelbarer Zwang. Eine Reihe von Schriftstellern trägt daher auch kein Bedenken, die Ausführung durch die Behörde selbst als Ersatzvornahme zu bezeichnen[146]). Müssen aber die Beamten bei dieser Gelegenheit, um einen ihnen entgegentretenden Widerstand zu überwinden, zur Gewaltanwendung

---

143) Vgl. Rosin, S. 109 Anm. 18 a. E.

144) O. Mayer I, S. 337.

145) Darüber unten § 5 und Friedrichs, LVG, 132 Anm. 20.

146) Vgl. O. Mayer I, S. 339; Thoma, S. 90; Fleiner, S. 200; Koehne, Verwaltungspolizeirecht I, S. 113; Friedrichs, Anm. 10. Ebenso ausdrücklich § 9 der Kaiserl. Verordnung betr. Zwangs- und Strafbefugnisse der Verwaltungsbehörden in den Schutzgebieten vom 14. Juli 1905 (RGBl. S. 717).

greifen, was, wie angedeutet, häufig mit der Ersatzvornahme verknüpft ist, so liegt dann außerdem das Zwangsmittel des § 132 Nr. 3 vor.

Hervorzuheben ist schließlich, daß die Ausführung durch Dritte nur angedroht werden soll, wenn sie „tunlich“ ist; dadurch ist den Zweckmäßigkeitserwägungen der Behörde ein weiter Spielraum gewährt[147]). Außerdem darf keine Unfähigkeit des Verpflichteten zur Tragung der entstehenden Kosten vorliegen.

§ 5.

Die Gewaltanwendung.

§ 132 Nr. 3 LVG. lautet: „Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausführbar ist.“

Zunächst möge geprüft werden, was an dieser Stelle unter „unmittelbarer Zwang“ zu verstehen ist. Diese Frage ist eine der bestrittensten und unklarsten im preußischen Verwaltungszwangsrecht[148]), da die Worte des Gesetzes der verschiedensten Auslegung fähig sind. Wie wir den Begriff fassen, haben wir durch die Überschrift angedeutet: physische Kraftentfaltung, die den Widerstand des Verpflichteten nicht (innerlich) biegt, sondern (äußerlich) bricht[149]). Es ist daher unzutreffend, wenn Buch darin ein psychologisches Zwangsmittel erblickt[150]); gerade das Gegenteil ist richtig. Psychischen

---

147) Von Arnstedt I, S. 86; Kunze, Verwaltnngsstreitverfahren, S. 172; Friedrichs, Anm. 9; OVG. 7, S. 341; 55, S. 275; OVG. PVBl. 11, S. 310; 25, S. 270.

148) Vgl. die Ausführungen von Markull in PVBl. 26, S. 558—61 und Buch, S. 430 ff.

149) Vgl. Jhering, Zweck im Recht I, S. 234 f.

150) Denkbar wäre die Gewaltanwendung allerdings auch als psychologisch wirkendes Zwangsmittel; man denke an die Folter. In dieser Erscheinungsform ist sie jedoch heute unzulässig. Darüber unten.

Zwang, d. h. solchen, der im Innern des Menschen eine Veränderung hervorruft, seinen Willen beeinflußt, kann hier wieder nur die Androhung, daß die Behörde ihren Willen mit Gewalt durchsetzen werde, ausüben. Ist dieser ergebnislos gewesen, so wird ohne Rücksicht auf die Psyche unmittelbar hergestellt. Zu eng ist es aber, mit Friedrichs und Markull nur von einem Zwang gegen die Person zu reden[151]). Gewiß, auch gegen die Person selbst richtet sich die vis absoluta, schränkt ihre Bewegungsfreiheit ein, z. B. durch Festnahme, Zwangsvorführung zum Impfen usw., aber ebenso bilden auch innerhalb des Rechtskreises der verpflichteten Person deren Sachen und Unternehmungen den Angriffspunkt. Wenn eine gefährliche Einrichtung zerstört oder ein Gewerbebetrieb durch Versperren der Tür oder ein Hausbau durch Wegschicken und Verhinderung der Arbeiter geschlossen wird, so wird ebenfalls mit physischer Gewalt der befehlsgemäße Zustand hergestellt[152]).

In letzterer Hinsicht wird es allerdings zuweilen schwer sein, diese Vollstreckungshandlung gegen die andere der Ersatzvornahme in richtiger Weise abzugrenzen, besonders da sich, wie wir sahen, mit letzterer häufig ein Zwang zum Dulden verbindet[153]). Der Unterschied kann nun nicht, wie oben gezeigt, darin gefunden werden, daß beim einen die Behörde selbst und beim andern fremde Personen tätig werden. Er

---

151) Friedrichs, LVG. 132 Anm. 19; Markull a. a. O., S. 558; auch § 30 Abs. 3 des Bad. Polizeistrafgesetzbuches verwendet diesen engen Begriff. Vgl. auch von Roenne-Zorn II, S. 160.

152) Vgl. O. Mayer I, S. 342; Fleiner, S. 202; Kitzinger, S. 200 f.

153) In dem bei Markull, S. 559 f. zitierten Urteil OVG. 40, S. 123 (Zwangsheilung Prostituierter) wird vom OVG. die richtige Tatsache, daß es sich um „unmittelbaren Zwang" handele, falsch begründet (darüber im Text weiter unten) und von Markull zu Unrecht angenommen, daß „Ausführung durch Dritte" im technischen Sinne vorliege. Wer kann denn eine Heilung überhaupt anders ausführen als Heilkundige? Dies zu dulden, wird die betreffende Person durch physische Gewalt gezwungen.

wird vielmehr darin liegen, daß bei der Ersatzvornahme eine Arbeit geleistet wird, deren Ausführung dem Verpflichteten oblag, während die physische Gewaltanwendung sich unmittelbar gegen den widerstrebenden Willen durch Beeinträchtigung der Freiheit oder der Rechtsgüter der verpflichteten Person richtet und in der Brechung des widerspenstigen Willens ihren Zweck erschöpft[154]). Daher bleibt die polizeiliche Schließung eines Grundstücks, auf dem ein polizeiwidriger Bau errichtet werden soll, auch wenn sie, z. B. zum Vernageln und Einzäunen mit Brettern, unter Hinzuziehung von technischen Hilfskräften geschieht, trotzdem unmittelbarer Zwang. Dagegen kann von letzterem keine Rede sein, es liegt vielmehr eine Ersatzvornahme vor, wenn die Polizeibehörde anstelle des Eigentümers, der verpflichtet ist, sein Grundstück einzuzäunen, einen Zaun anlegen läßt oder wenn sie, wie das in einem zur Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts gelangten Falle geschehen war[155]), ohne vorgängige Anordnung und Androhung in einer Straße, die vorher nur mit Petroleum beleuchtet war, Gasbeleuchtung hat durchführen lassen und hinterher von den Anliegern die Kosten einfordert. Man fragt sich, wer durch die Durchführung der Beleuchtung eigentlich gezwungen, wessen Widerstand gebrochen worden ist. Die Besonderheit ist hier nur, daß es sich nicht um eine Ersatzvornahme nach vorheriger Anordnung und Androhung handelt[156]).

Damit kommen wir auf die Frage, die wir bereits oben gestreift hatten: ist in § 132 LVG. auch die sofortige Herstellung geregelt? Unser eben angeführtes Beispiel enthält einen Fall

---

154) Vgl. dazu O. Mayer I, S. 342; Kitzinger S. 202; Friedrichs, Anm. 20.

155) OVG. PVBl. 10, S. 526: hier wird zu Unrecht unmittelbarer Zwang angenommen.

156) Die gleiche unzutreffende Auffassung enthalten die Urteile OVG. 9, S. 181; 16, S. 284; 40, S. 123 (wenigstens in der Begründung); OVG. PVBl. 20, S. 398. Nicht ganz einwandfrei auch die Definition in OVG. 22, S. 421.

der von uns sogenannten, bisher unbeachtet gebliebenen „sofortigen Vornahme" der Parallelerscheinung zur Ersatzvornahme auf dem Gebiete des Vollstreckungszwanges, deren Rechtmäßigkeit nach den konkreten Umständen hier allerdings äußerst zweifelhaft erscheint[157]). Aus der vorhin zitierten Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts ergibt sich, daß dieser höchste preußische Verwaltungsgerichtshof den Standpunkt vertritt, daß auch jedes sofortige Einschreiten durch die Regelung der Zwangsbefugnisse im LVG. und zwar durch die Nr. 3 des § 132 getroffen sei. Denn wenn das Oberverwaltungsgericht nicht nur den Fall, wo physische Gewalt angewendet worden ist, (Vorführung zur Impfung: OVG. 28, S. 396), wo also das „unmittelbar" den Gegensatz zum mittelbaren psychischen Zwang durch Androhung von Rechtsnachteilen bildet, unter Nr. 3 rechnet, sondern auch die Fälle, wo, handele es sich nun um Gewaltanwendung oder, wie in dem oben zitierten Beispiel, um Ausführung durch einen Dritten, nur keine Anordnung und Androhung vorhergegangen ist, das „unmittelbar" also im Sinne von „sofortig" gefaßt werden muß, so gibt das deutlich den dahinterstehenden Rechtsstandpunkt wieder[158]). Dieser tritt auch klar in der Anschauung hervor, obschon durch diese Fiktion, — denn um etwas anderes handelt es sich nicht —, die wahre Sachlage wieder etwas verdunkelt wird, daß nämlich in jeder Anwendung unmittel-

---

157) Richtiger OVG. PVBl. 32, S. 119; vgl. auch den Fall in OVG. PVBl. 25, S. 812 f.

158) Noch mehr von dieser Auffassung gehen folgende Ausführungen des OVG. (Bd. 16, S. 286) aus: „Es schließt die Anwendung unmittelbaren Zwanges die vorgängige Androhung desselben begriffsmäßig aus; an die Stelle der letzteren ist eben die sofortige Ausführung des Zwangsmittels getreten." Sie sind daher auch, da sie nur die sofortige Herstellung berücksichtigen und überhaupt nicht den Vollstreckungszwang, innerhalb dessen bei dem Mittel der Gewaltanwendung keineswegs die vorherige Androhung ausgeschlossen ist (gewaltsame Schließung eines Gewerbebetriebes!), zweifellos in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Vgl. auch Wolzendorff, Verw. Arch. 18, S. 418 und OVG. 8, S. 363; 58, S. 386

baren Zwanges eine polizeiliche Verfügung enthalten sei, also in der Lehre von den „zusammengesetzten Verfügungen[159]).

Wir können diese Stellungnahme des Oberverwaltungsgerichts hier nur registrieren, ohne eingehender darzulegen, warum u. E. diese Ansicht unhaltbar ist, da sich die Frage nicht im Rahmen unseres Themas hält[160]). Wichtig bleibt für unsere Zwecke die Feststellung, daß jene kurz gekennzeichnete Auffassung die herrschende ist und auch bei Erlaß des Gesetzes ihren Einfluß ausgeübt hat[161]). Diese Tatsache dient nämlich mit zur Aufklärung der im nächsten Paragraphen zu behandelnden Frage, was den Gesetzgeber zu der Bestimmung veranlaßt hat, daß unmittelbarer Zwang nur angewendet werden dürfe, wenn die Anordnung ohne ihn unausführbar ist.

Zu erörtern ist hier noch, nach welchen Richtungen die physische Gewalt, die also nach unserer Auffassung allein unter dem Ausdruck „unmittelbarer Zwang" zu verstehen ist, sich betätigen kann. Denkbar wäre es, daß die Gewaltanwendung sowohl dazu benutzt werden könnte, um den befohlenen Zustand unmittelbar herzustellen, wie auch dazu, daß unter ihrem Drucke, — man denke an die Folter oder Zwangshaft —, der Verpflichtete sich dazu versteht, der an ihn gestellten Anforderung nachzukommen. In dieser letzten Gestalt würde sie auf den Willen des Untertanen wirken durch die Tatsache, daß sie ein über den Befehl hinausgehendes Übel darstellt. Sie würde daher auch wie die Zwangsstrafe, eine besondere gesetzliche Grundlage erfordern,

---

159) Vgl. dazu die Nachweise bei Friedrichs, § 132 Anm. 22, § 133 Anm. 6; Kitzinger, S. 35, 43, 183 ff.

160) Zu welcher gekünstelten Auslegung des Gesetzestextes man dann greifen muß, beweisen die Ausführungen Markulls in PVBl. 26, S. 558 ff., obwohl diese gegenüber der unklaren Auffassung des OVG. schon einen erheblichen Fortschritt bedeuten. Vgl. über die Frage noch Kitzinger, S. 49 ff. (abweichend).

161) Vgl. Rosin, S. 112, bes. bei Anm. 25; von Brauchitsch, Materialien zur Kreisordnung III, S. 1622. Vgl. auch unten S. 58.

die in einer allgemeinen Erklärung über die Zulässigkeit unmittelbaren Zwanges oder ähnl. nicht erblickt werden kann[162]). Für Preußen ist jedenfalls daraus, daß in § 132 Nr. 2 nur die Androhung von Vermögenseinbußen als mittelbar wirkendes Zwangsmittel zugelassen und die Freiheitsbeschränkung nur in Gestalt der Haft für den Fall des Unvermögens anerkannt ist, zu entnehmen, daß ein anderweiter psychologischer Zwang unzulässig sein soll. Anders wäre die Frage wohl für die Staaten zu beantworten, in denen primäre Haftstrafe angedroht werden kann. Denn wenn das Gesetz zur Erschütterung des widerstrebenden Willens die totale Einengung der Bewegungsfreiheit für statthaft erklärt, warum soll dann nicht auch beispielsweise vorübergehende Sistierung zur Erzwingung einer Auskunft vor der Polizeibehörde erlaubt sein, vorausgesetzt natürlich, daß eine Zeugnispflicht besteht[163]).

Gewaltanwendung ist also nur in der ersten Gestalt rechtmäßig, wo sie den Befehl unmittelbar durchführt. Hier aber ist sie auch ein selbstverständliches Zwangsmittel, das durch die Rechtmäßigkeit des Befehles bereits gedeckt ist und ebenso wenig wie die Ersatzvornahme, die auch nur die Anordnung zur Ausführung bringt, einer selbständigen Rechtsgrundlage bedarf[164]). Zumeist wird durch die physische Gewalt ein Dulden durchgesetzt werden. Beispiele sind der Zwang zum Dulden einer Ersatzvornahme, einer Zwangsheilung und ähnl. Unterlassungen können zwar immer nur für kurze Zeit durch unmittelbare Gewalt erzwungen

---

162) So auch von Seydel-Graßmann, bayr. Staatsrecht II, S. 220; O. Mayer I, S. 341, 344 f.; Thoma, S. 91; Kitzinger, S. 202.

163) Über diese Frage Wolzendorff, Zeugnispflicht gegenüber der Polizei in Verw. Arch. 20, S. 277 bis 294. — Fleiner, S. 203 Anm. 36 hält ein solches Zwangsverfahren im Widerspruch zu der hier und von den in voriger Anmerkung genannten Schriftstellern vertretenen Ansicht stets für gesetzlich.

164) O. Mayer I, S. 341.

werden[165]), aber gerade diese Möglichkeit spielt bei der Verhinderung von strafbaren Handlungen eine sehr große Rolle[166]). Wenn ein Handeln, ein positives Tun gewaltsam erzwungen werden soll, so wird das in den meisten Fällen nur auf dem Umwege der psychologisch wirkenden Gewaltanwendung geschehen können, — was also unzulässig ist —, aber doch keineswegs ausschließlich, wie O. Mayer und Thoma annehmen[167]). Denn wenn ein entlaufener Dienstbote auf Grund der preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 mit Gewalt zurückgeführt oder der Impfpflichtige gewaltsam zur Impfstelle gebracht wird, wenn der Bewohner eines baufälligen Hauses durch Exekutivbeamte zur Räumung gezwungen wird, so wird hier überall ein Tun physisch erzwungen und doch nur das zwangsweise durchgeführt, was unmittelbar der rechtmäßigen Anordnung entspricht[168]).

Zu erwähnen ist endlich noch, daß gewisse typische Formen der Gewaltanwendung, die besonders tief in die Rechtssphäre des Untertanen einzugreifen pflegen, meist, so auch in Preußen, durch besondere Bestimmungen gesetzlich geregelt sind. Es sind dies die polizeiliche Verwahrung, das Eindringen in die Wohnung und der Waffengebrauch[169]).

---

165) Unrichtig Hofacker in Boschers Z. 48, S. 372, der diese Möglichkeit gänzlich leugnet.

166) Kitzinger, S. 201.

167) O. Mayer I, S. 343 f.; Thoma, S. 91: nicht zwischen persönlichem Zwang und Ersatzvornahme, sondern nur zwischen persönlichem Zwang und Ungehorsamsstrafe sei eine Wahl möglich. Das ist richtig; aber man darf dabei nicht übersehen, daß unter die letztere Alternative auch Handlungen fallen, solche nämlich, die nicht durch Ersatzvornahme geleistet werden können, wie das Erscheinen zur Impfung.

168) Vgl. Kitzinger, S. 201 f.; von Seydel-Graßmann II, S. 220.

169) Vgl. das preußische Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850 und die einschlägigen Bestimmungen über den Waffengebrauch (G. Meyer bei Stengel II, S. 848 ff.; Friedrichs, LVG., 132 Anm. 17. Allgemein darüber handeln O. Mayer I, S. 364 ff.; Kitzinger, S. 203 ff.)

Lebenslauf.

Ich bin am 25. August 1891 in Wernigerode a. H. geboren und evangelischer Konfession. Meine Eltern sind der Königl. Preußische Amtsgerichtsrat Dr. jur. Heinrich Krukenberg in Schleusingen i. Thür. und seine Ehefrau Else geb. Martin. Von Ostern 1901 besuchte ich das Königl. Preußische Hennebergische Gymnasium zu Schleusingen, das ich Ostern 1910 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich besuchte die Universitäten Freiburg, Berlin und Marburg, und bestand am 4. Oktober 1913 vor dem Königl. Oberlandesgericht in Cassel „mit Auszeichnung" die erste juristische Prüfung. Am 17. Oktober wurde ich von dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten zu Naumburg zum Referendar ernannt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 14. Februar 1914 bei der Hohen juristischen Fakultät der Universität Marburg magna cum laude. Zur Zeit bin ich bei dem Königl. Amtsgericht Ellrich a. H. im Vorbereitungsdienst beschäftigt.